

6500/96

LIMITE

DRS 8 (CFC)

**NOTE**

**Objet :** Rapport sur la convention relative aux procédures d'insolvabilité

Les délégations trouveront ci-joint le texte cité en objet, tel que mis au point par le groupe juristes-linguistes.

---

RAPPORT  
sur la convention relative aux procédures d'insolvabilité <sup>(1)</sup>

par Miguel VIRGOS :

Professeur à l'université autonome de Madrid

Auteur de l'historique, de la présentation générale et des commentaires sur les articles 1er à 26, 43 à 46, application territoriale et article 48,

et Etienne SCHMIT :

Magistrat, Substitut principal du Procureur d'Etat, Luxembourg

Auteur des commentaires sur l'article 3 paragraphes 2, 3 et 4 et les articles 27 à 42, 47 et 49 à 55.

---

(1) Le texte de la convention relative aux procédures d'insolvabilité est paru au Journal officiel des Communautés européennes n° L .... La convention, ouverte à la signature à Bruxelles, le 23 novembre 1995, a été signée le même jour par les plénipotentiaires des douze Etats membres suivants : Belgique, Danemark, République fédérale d'Allemagne, France, Espagne, Grèce, Italie, Luxembourg, Autriche, Portugal, Finlande et Suède.

## TABLE DES MATIERES

	Page
I. HISTORIQUE DE LA CONVENTION	6
II. PRESENTATION GENERALE DE LA CONVENTION	9
A. Plan de la convention	9
B. Raison d'être de la convention	10
C. Champ d'application	12
D. Procédures principales et secondaires d'insolvabilité	13
E. Procédure principale d'insolvabilité	14
F. Protection de l'intérêt local au cours de la procédure principale	17
G. Procédure locale d'insolvabilité : procédure territoriale "indépendante" et "secondaire"	19
H. Fonctions de la procédure locale	22
I. Coordination des procédures locales d'insolvabilité	23
III. ANALYSE DES DISPOSITIONS	26
A. Préambule	26

	Page
B. Chapitre I : Dispositions générales	32
Article 1 : Champ d'application	32
Article 2 : Définitions	42
Article 3 : Compétence internationale	50
Article 4 : Législation applicable	63
Article 5 : Droits réels des tiers	70
Article 6 : Compensation	76
Article 7 : Réserve de propriété	78
Article 8 : Contrat portant sur un bien immobilier	79
Article 9 : Systèmes de paiement et marchés financiers	81
Article 10 : Contrat de travail	83
Article 11 : Effets sur les droits soumis à enregistrement	84
Article 12 : Brevets et marques communautaires	86
Article 13 : Actes préjudiciables	87
Article 14 : Protection du tiers acquéreur	90
Article 15 : Effets de la procédure d'insolvabilité sur les instances en cours	91
C. Chapitre II : Reconnaissance de la procédure d'insolvabilité	92
Article 16 : Principe	92
Article 17 : Effets de la reconnaissance	95
Article 18 : Pouvoirs du Syndic	99
Article 19 : Preuve de la nomination du syndic	104
Article 20 : Restitution et imputation	106
Article 21 : Publicité	111
Article 22 : Inscription dans un registre public	114
Article 23 : Frais	115
Article 24 : Exécution au profit du débiteur	116
Article 25 : Reconnaissance et caractère exécutoire d'autres décisions	117
Article 26 : Ordre public	125

	Page
D. Chapitre III : Procédures secondaires d'insolvabilité	130
Article 27 : Ouverture d'une procédure d'insolvabilité	130
Article 28 : Loi applicable	138
Article 29 : Droit de demander l'ouverture	138
Article 30 : Avance de frais et dépens	139
Article 31 : Devoir de coopération et d'information	140
Article 32 : Exercice des droits des créanciers	143
Article 33 : Suspension de la liquidation	148
Article 34 : Mesures mettant fin à la procédure secondaire d'insolvabilité	151
Article 35 : Surplus d'actif de la procédure secondaire	154
Article 36 : Ouverture ultérieure de la procédure principale	155
Article 37 : Conversion de la procédure antérieure	155
Article 38 : Mesures conservatoires	158
E. Chapitre IV : Information des créanciers et production de leurs créances	159
Article 39 : Droit de produire des créances	160
Article 40 : Obligation d'informer les créanciers	162
Article 41 : Contenu de la production d'une créance	163
Article 42 : Langues	164

	Page
F. Chapitre V : Interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes	166
Article 43 : Compétence de la Cour de justice	166
Article 44 : Procédure préjudicielle	168
Article 45 : Procédure à l'initiative de l'autorité compétente	171
Article 46 : Réserves	172
G. Chapitre VI : Dispositions transitoires et finales application territoriale	174
Article 47 : Application dans le temps	175
Article 48 : Relations avec les autres conventions	178
Article 49 : Ratification et entrée en vigueur	180
Article 50 : Adhésion à la convention	180
Article 51 : Notification par le dépositaire	181
Article 52 : Durée de la convention	181
Article 53 : Révision ou évaluation de la convention	181
Article 54 : Modification des annexes	182
Article 55 : Dépôt de la convention	184

#### IV. LISTE DES PARTICIPANTS

## I. HISTORIQUE DE LA CONVENTION

1. L'absence de convention relative aux procédures d'insolvabilité dans le cadre de la Communauté est ressentie comme une lacune dans l'achèvement du marché intérieur. Il paraît difficilement admissible que l'activité des entreprises dépende de plus en plus des règles du droit communautaire, alors qu'en cas de défaillance d'une entreprise, seul le droit national resterait applicable. Cette constatation a conduit les ministres de la justice de la Communauté, lors d'une réunion informelle, tenue à San Sebastian du 25 au 27 mai 1989, à souhaiter qu'une solution soit trouvée et à relancer la négociation d'une convention en la matière entre les Etats membres et à donner un mandat à cet effet à un groupe ad hoc "Convention de faillite", établi au sein du Conseil des Communautés européennes tel qu'il était à l'époque.

Un certain nombre d'experts nationaux (dont la liste figure à l'annexe I) ont donc été désignés. Le groupe ad hoc a tenu des réunions de 1991 jusqu'à la mise au point du texte définitif de la convention, en 1995. M. Manfred Balz (Allemagne), nommé président du comité d'experts, a également été le principal auteur des différents projets examinés lors des négociations.

2. Il existe certes un nombre limité de conventions bilatérales entre certains Etats membres (cf. article 48 de la convention) ; cependant les Etats membres devraient être liés par une convention multilatérale permettant, par la reconnaissance mutuelle des procédures ouvertes dans chacun d'eux, de coordonner les mesures à prendre concernant le patrimoine d'un débiteur insolvable. Les tentatives faites jusqu'ici d'élaborer un instrument approprié n'ont pas abouti.

3. Les faillites, concordats et autres procédures analogues sont exclus du champ d'application de la Convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 et révisée en raison de l'adhésion de nouveaux Etats membres de la Communauté en 1978, 1982 et 1989 (cf. JO n° C 189 du 28.7.1990) (ci-après dénommée "Convention de Bruxelles de 1968"). Pour ces procédures, un comité d'experts s'est réuni au sein de la Commission des Communautés européennes de 1963 à 1980 pour mettre au point un premier, puis (après l'élargissement de la Communauté à partir de 1973) un second projet de convention (cf. Bulletin des Communautés européennes, supplément 2/82, contenant le projet de convention et le rapport explicatif). Ce second projet de convention fut examiné par un groupe ad hoc au sein du Conseil des Communautés européennes entre 1982 et 1985, année au cours de laquelle les travaux furent suspendus faute de consensus suffisant.

Le projet prévoyait une seule procédure (la compétence exclusive pour prononcer la faillite étant attribuée aux juridictions de l'Etat où est situé le centre des affaires du débiteur) qui devait être reconnue dans les autres Etats contractants sans que des procédures locales parallèles soient permises dans ces autres Etats. Les principes de "l'unité" (une seule procédure pour tout le territoire de la Communauté) et de "l'universalité" (la procédure couvre tous les actifs du débiteur, où qu'ils se trouvent) de la procédure étaient donc strictement suivis dans ce texte.

4. Entre-temps, des négociations s'étaient engagées dans le cadre du Conseil de l'Europe qui ont finalement abouti à l'adoption d'une "Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite", ouverte à la signature le 5 juin 1990 à Istanbul (ci-après dénommée "Convention d'Istanbul de 1990) (cf. la convention et son rapport explicatif in Conseil de l'Europe, Aspects internationaux de la faillite, Strasbourg 1990).



Force est toutefois de constater que la ratification de la convention d'Istanbul de 1990 par tous les Etats membres n'apparaît pas certaine. De plus, son article 40 permet de faire des réserves, soit sur le chapitre II (exercice de certains pouvoirs du syndic), soit sur le chapitre III (procédures secondaires d'insolvabilité), ce qui entraîne un risque sérieux de distorsion d'un Etat contractant à l'autre.

Néanmoins, le texte de la convention d'Istanbul de 1990 reste important puisque son approche consiste à assouplir les principes de l'unité et de l'universalité.

5. Le précédent projet communautaire avait buté sur un certain nombre d'obstacles. Le principe d'unité de la procédure de faillite, sur lequel il était fondé, conduisait en particulier à des dispositions complexes pour tenir compte des sûretés et privilèges valant dans tel ou tel Etat membre seulement. Ces dispositions prévoyaient la possibilité de former des "sous-masses" nationales pour ce qui est des créances munies de sûretés et de créances privilégiées. Le système dans son ensemble s'était révélé trop complexe et trop ambitieux.

C'est pourquoi la nouvelle convention communautaire relative aux procédures d'insolvabilité comporte des solutions aussi simples et souples que possible. Elle repose avant tout sur le fondement de l'universalité de la procédure, limitée toutefois par l'ouverture éventuelle d'une ou plusieurs autres procédures secondaires dont les effets demeurent restreints au territoire du ou des Etats membres où elles ont été ouvertes.

Grâce au parallélisme entre la procédure principale (reconnue ailleurs) et la procédure secondaire (qui permet aux créanciers d'un autre Etat contractant de recourir à un instrument local pour sauvegarder leurs intérêts), il est devenu possible d'éviter une centralisation trop rigide qui jusqu'ici semblait être inacceptable pour certains Etats membres. Des règles impératives de coordination avec la procédure principale garantissent l'unité nécessaire au sein de la Communauté.

## II. PRESENTATION GENERALE DE LA CONVENTION

### A. Plan de la convention

6. La convention est divisée en six chapitres comprenant au total 55 articles. Un préambule, qui contient des informations importantes sur le champ d'application et la nature de la convention, ainsi que trois annexes qui en font partie intégrante, complètent ses dispositions.

Le chapitre I (articles 1er à 15) définit le champ d'application de la convention (articles 1 et 2), fixe les règles de la compétence internationale directe (article 3) et détermine le droit national applicable par le recours à des règles de conflit uniformes (articles 4 à 15).

Le chapitre II (articles 16 à 26) traite de la reconnaissance et de l'exécution de la procédure d'insolvabilité ouverte dans d'autres Etats contractants et de la reconnaissance des pouvoirs du syndic.

Le chapitre III (articles 27 à 38) contient les règles relatives à la procédure secondaire et à sa coordination avec la procédure principale et avec d'autres procédures secondaires.

Le chapitre IV (articles 39 à 42) présente plusieurs règles uniformes sur le droit de produire les créances, l'obligation d'information et la langue à utiliser.

Le chapitre V (articles 43 à 46) confère à la Cour de justice des Communautés européennes compétence pour interpréter la convention.

Le chapitre VI (articles 47 à 55) contient les dispositions transitoires et finales, notamment celles relatives à l'application dans le temps de la convention (article 47), à ses relations avec les autres conventions (article 48) et à la procédure de modification des annexes (article 54) qui mentionnent les procédures d'insolvabilité auxquelles la convention s'applique et les personnes ou organes pouvant être reconnus comme syndics en vertu de la convention.

#### B. Raison d'être de la convention

7. Vue sous l'angle du droit international privé, la situation en matière de faillite dans la Communauté était, jusqu'ici, loin d'être simple. Des conflits de lois surgissaient tant au niveau interne, où les droits positifs nationaux divergeaient, qu'au niveau international, où les solutions de droit international privé différaient.

Contrairement aux contrats, les faillites ne constituent pas une branche du droit où une coopération privée spontanée peut pallier l'absence d'un cadre juridique commun au niveau international. Une coopération institutionnelle est nécessaire pour fournir un certain ordre juridique afin que les parties ne soient pas incitées à déplacer des litiges ou des biens d'un pays à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique ("forum shopping") ou de faire aboutir leur revendication sans tenir compte des frais que cela peut entraîner pour l'ensemble des créanciers ou pour la valeur d'exploitation de l'entreprise du débiteur.

Seule une convention multilatérale conclue par tous les Etats membres peut décourager l'opportunisme des débiteurs ou des créanciers et permettre de gérer efficacement la crise financière que traversent des entreprises et des personnes physiques au sein de la Communauté. La convention relative aux procédures d'insolvabilité offre ce cadre juridique obligatoire pour une coopération intracommunautaire.

Cette convention met en oeuvre l'article 220 du traité instituant la Communauté européenne, ci-après dénommé "traité CE" et complète la convention de Bruxelles de 1968. Elle confère aussi à la Cour de justice des Communautés européennes la compétence pour interpréter ses dispositions. Toutefois, à la différence de la convention de Bruxelles de 1968, elle contient aussi des règles de conflit de lois. Les raisons justifiant cette différence sont importantes.

8. Une procédure d'insolvabilité est une procédure collective. Une action collective exige des situations juridiques clairement déterminées afin de fournir un cadre de négociations adéquat. Cela vaut non seulement après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité mais aussi avant qu'elle ne soit engagée (lorsque le débiteur connaît déjà des difficultés économiques), puisque les droits "dans la faillite" auront une incidence sur les négociations d'un éventuel assainissement "avant la faillite".

En outre, une procédure internationale d'insolvabilité ne peut être correctement menée que si les Etats concernés reconnaissent la compétence des juridictions de l'Etat d'ouverture, les pouvoirs de leurs syndics et les effets de leurs décisions. Ils ne peuvent l'accepter que si les règles de conflit de lois sont également harmonisées, parce qu'un système de conflit harmonisé garantit que, en cas d'insolvabilité, des droits existants dans leur juridiction seront reconnus dans tous les Etats contractants.

### C. Champ d'application

9. La convention s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité qui entraînent le dessaisissement partiel ou total d'un débiteur et la désignation d'un syndic. Deux annexes de la convention déterminent les procédures nationales auxquelles la convention s'applique. Ces annexes font partie intégrante de la convention.
10. Les entreprises d'assurance, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement de fonds ou de valeurs mobilières pour des tiers et les organismes de placement collectif sont tous exclus du champ d'application de la convention. Des discussions sont en cours dans le cadre de la Communauté en ce qui concerne les procédures d'assainissement et de liquidation applicables à ces entités.
11. La convention ne traite que des effets des procédures d'insolvabilité à l'intérieur de la Communauté. Elle ne s'applique que si le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve sur le territoire d'un Etat contractant (c'est-à-dire dans la Communauté). Même dans ce cas, la convention ne régit pas les effets des procédures vis-à-vis des Etats tiers. Pour ce qui est des Etats tiers, la convention n'entrave pas la liberté des Etats contractants d'adopter les règles appropriées.

D. Procédures principales et secondaires d'insolvabilité

12. La convention tente de prévoir un "mécanisme neutre" de coopération internationale qui donne satisfaction aux attentes fondamentales des parties, quel que soit l'Etat contractant où elles sont situées. A cette fin, elle suit un modèle combinant les principes qui régissent actuellement les faillites internationales (universalité ou territorialité des effets et unité ou pluralité de la procédure).

L'idée d'une procédure d'insolvabilité unique et universelle pour l'ensemble de la Communauté est difficile à mettre en oeuvre sans modifier, en appliquant la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure, les droits préexistants nés avant l'insolvabilité reconnus par les différentes législations nationales d'autres Etats contractants. Cette situation est due à l'absence en Europe d'un système uniforme de sûretés et à la grande diversité des droits nationaux concernant les critères déterminant le rang des différentes catégories de créanciers.

13. Dans ce contexte juridique, la convention tente d'harmoniser les avantages offerts par le principe d'universalité et la protection nécessaire des intérêts locaux. C'est la raison pour laquelle on a adopté un système mixte, qui permet la coexistence de procédures locales et de la procédure universelle principale.
14. Une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans l'Etat contractant où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur. Cette procédure sera la procédure principale, de caractère universel ; "principale" parce que, si des procédures locales sont ouvertes, elles seront soumises aux règles obligatoires de coordination et de subordination par rapport à elle, et "universelle" parce que, à défaut d'ouverture de procédures locales, elle porte sur tous les actifs du débiteur, où qu'ils se situent.

Une procédure principale unique est toujours possible dans la Communauté, mais la convention n'exclut pas l'ouverture de procédures locales, contrôlées et régies par la loi nationale concernée afin de protéger les intérêts locaux. Les procédures locales n'ont qu'une portée territoriale, leurs effets étant limités aux actifs situés sur le territoire de l'Etat concerné. De telles procédures locales ne peuvent être ouvertes que si le débiteur possède un établissement sur le territoire de l'Etat d'ouverture de la procédure (dénommé ci-après "Etat d'ouverture"). Par rapport à la procédure principale, il ne peut s'agir que de procédures "secondaires", puisqu'elles doivent être coordonnées et subordonnées à la procédure principale.

#### E. Procédure principale d'insolvabilité

15. Une "procédure principale d'insolvabilité" ne peut être ouverte que dans le pays où se trouve le "centre des intérêts principaux" du débiteur (ci-après "Etat F1"). Il s'agit en principe du siège statutaire dans le cas des personnes morales. Il ne peut y avoir qu'une seule procédure principale.
16. La procédure principale d'insolvabilité peut être une procédure de liquidation ou une procédure d'assainissement incluse dans l'annexe A de la convention.
17. La loi de l'Etat d'ouverture (lex fori concursus) est généralement applicable à la procédure d'insolvabilité. Elle règle l'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure.
18. Quelques questions sont réglées directement par la convention, qui prévoit un système uniforme de notification individuelle, de production des créances et d'utilisation des langues :

- a) Les créanciers se trouvant à l'étranger doivent être dûment informés de l'ouverture de la procédure. Une note individuelle doit être adressée à tous les créanciers connus domiciliés dans d'autres Etats contractants.

Au besoin, un avis d'ouverture de la procédure est publié dans d'autres Etats contractants conformément aux règles nationales applicables en matière de publicité (lois de F2). Les Etats contractants sur le territoire desquels le débiteur a un établissement peuvent exiger une publication obligatoire.

- b) Les créanciers dont la résidence habituelle, le domicile ou le siège statutaire sont situés dans un Etat contractant peuvent participer à la procédure principale quelle que soit la nature de leurs créances (publique ou privée).

19. La procédure principale est toujours universelle. Ce fait a un certain nombre de conséquences juridiques importantes :

- a) Les actifs situés en dehors de l'Etat d'ouverture sont inclus dans la procédure et mis sous séquestre dès l'ouverture de la procédure, et ce, dans le monde entier.
- b) Tous les créanciers sont concernés.
- c) Une procédure ouverte dans un Etat membre produira ses effets sur tout le territoire des Etats contractants (c'est-à-dire dans la Communauté). La reconnaissance des effets de la procédure dans d'autres Etats contractants s'effectue automatiquement et de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure d'exequatur et indépendamment des mesures de publicité.



Par contre, l'exécution des décisions exigera un contrôle préalable limité par les juridictions nationales, via une procédure d'exequatur. Ces juridictions sont obligées d'accorder l'exequatur si les conditions prévues par la convention sont remplies.

La convention suit le modèle d'"extension" aux autres Etats (F2, F3, etc) des effets prévus par la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure principale (F1).

- d) Le syndic (curateur ou administrateur) désigné dans la procédure principale est habilité à agir dans tous les autres Etats contractants sans qu'une procédure d'exequatur soit nécessaire. Il peut retirer les biens du pays où ils se trouvent. Dans l'exercice de ces pouvoirs (conférés par les lois de l'Etat F1), le syndic doit respecter les lois de l'Etat concerné (F2). C'est le cas en particulier lorsqu'il faut recourir à des mesures de contrainte pour appréhender les actifs (le syndic doit alors demander l'assistance des autorités locales).
- e) Il ne peut y avoir d'exécution individuelle à l'égard des actifs d'un débiteur situés dans tout Etat contractant.
- f) Il existe une obligation légale de rapporter, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, le produit recouvré par une exécution individuelle ou obtenu par paiement volontaire du débiteur par prélèvement sur les actifs situés à l'étranger.

20. Une procédure locale d'insolvabilité ouverte conformément à la convention limite la portée universelle de la procédure principale. Les actifs situés dans l'Etat contractant où une juridiction ouvre une procédure locale d'insolvabilité sont soumis uniquement à cette procédure locale. Cependant, le caractère universel de la procédure principale ressort des règles impératives de coordination de la procédure locale avec la procédure principale, qui comportent certains pouvoirs d'intervention conférés par la convention spécifiques au syndic désigné dans la procédure principale (cf. points 36 paragraphe 3 et 38) et prévoient le transfert à la procédure principale de tout excédent réalisé dans le cadre de la procédure locale.

F. Protection de l'intérêt local au cours de la procédure principale

21. L'application de la loi de l'Etat d'ouverture et l'extension automatique de ses effets à tous les Etats membres de la Communauté peuvent entraver l'application des règles en vertu desquelles des transactions commerciales locales sont réalisées dans d'autres Etats. C'est pourquoi, les dispositions de la convention relatives à la procédure principale tiennent dûment compte des intérêts locaux importants : protection de la confiance légitime et sécurité des transactions.

22. A cette fin, la convention exclut certains droits situés à l'étranger des effets de la procédure principale ou déclare que ces effets doivent être régis par les lois relatives à l'insolvabilité des Etats concernés et non par la loi de l'Etat d'ouverture.

23. 1) Exclusion des effets de la procédure principale :

- a) L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affectera pas les droits réels préexistants des créanciers ou d'autres tiers sur les actifs situés dans un autre Etat au moment de l'ouverture de la procédure. La même règle est applicable aux droits fondés sur une clause de réserve de propriété. Des sociétés peuvent obtenir des crédits à des conditions qui ne pourraient pas être offertes sans ce type de garantie.

Si la loi de l'Etat où est localisée la sûreté permet d'affecter ces droits, le syndic (ou tout créancier autorisé) doit demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale pour obtenir cette affectation. Dans ce cas, la situation des créanciers munis d'une sûreté sera la même que dans une faillite purement nationale. Seules les sûretés revêtant la forme juridique d'un droit réel peuvent bénéficier de cet avantage.

- b) Les droits de compensation régis par la loi d'un Etat contractant autre que l'Etat d'ouverture donnent lieu à une solution analogue à celle qui est réservée aux droits réels.

- 2) Dans d'autres cas, la convention modifie la règle selon laquelle c'est la loi de l'Etat d'ouverture (F1) qui est applicable et dispose que c'est celle de l'Etat concerné (F2) qui doit régler certains effets particuliers de l'insolvabilité. De cette manière, les effets dans un Etat déterminé d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat contractant seront identiques à ceux d'une procédure ouverte dans cet Etat.

- a) Pour protéger les systèmes locaux d'enregistrement des droits de propriété, les effets autorisés de la procédure d'insolvabilité sur les droits du débiteur en ce qui concerne les biens immobiliers, les navires et aéronefs qui sont soumis à enregistrement sont régis par les lois sur la faillite de l'Etat d'enregistrement.

- b) En outre, afin de protéger les tiers acquéreurs de bonne foi, la convention prévoit que la loi de l'Etat contractant où les biens sont situés s'applique au cas où le débiteur aliène à titre onéreux des biens immobiliers après l'ouverture dans un autre Etat contractant d'une procédure d'insolvabilité. S'il s'agit d'aéronefs, de navires ou de sûretés soumis à enregistrement, c'est la loi de l'Etat d'enregistrement qui s'applique.
- c) Pour éviter des perturbations dans les systèmes de règlement et les marchés financiers que des lois nationales peuvent protéger de la législation générale relative à l'insolvabilité, les effets de la procédure d'insolvabilité sont déterminés par la loi de l'Etat dont les lois régissent le système de paiement ou le marché financier.
- d) Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats qui habilent à utiliser ou à acquérir des biens immobiliers et sur le contrat et le rapport de travail sont régis respectivement par les lois de l'Etat de leur situation et par la loi applicable au contrat.

G. Procédure locale d'insolvabilité : procédure territoriale "indépendante" et "secondaire"

- 24. Une procédure locale d'insolvabilité peut être ouverte dans l'Etat contractant où le débiteur a un établissement. Les effets d'une procédure locale sont limités aux actifs situés dans cet Etat. Une procédure locale d'insolvabilité est toujours "territoriale".
- 25. La convention permet d'ouvrir une procédure locale tant avant qu'après l'ouverture d'une procédure principale dans l'Etat membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur.

Une procédure locale d'insolvabilité est considérée comme une procédure d'insolvabilité territoriale indépendante dans le premier cas (puisqu'il n'y a pas encore de procédure principale à laquelle elle est subordonnée) et "secondaire" dans l'autre cas.

Une procédure indépendante devient secondaire à l'ouverture de la procédure principale, sous réserve de l'application de certaines règles spéciales (cf. points 31, 37 et 38).

26. Ces deux types de procédures sont soumises aux règles de coordination avec la procédure principale (s'il s'agit d'une procédure territoriale indépendante, après l'ouverture de la procédure principale) et avec d'autres procédures locales.
27. La loi de l'Etat où s'est ouverte la procédure locale d'insolvabilité s'applique à cette procédure (cf. point 17).

Le droit de participer à une procédure locale d'insolvabilité n'est pas limité aux créanciers locaux. Une fois qu'une procédure locale a été ouverte, tous les créanciers (qu'ils soient locaux ou pas) peuvent y participer (directement ou par l'intermédiaire du syndic de la procédure principale). Cette latitude garantit le respect du principe de l'égalité de traitement des créanciers dans toute la Communauté. Si la Communauté constitue un marché intérieur, la participation à une procédure locale ne peut faire l'objet d'aucune restriction fondée sur le lieu d'origine de la créance ou le lieu de résidence du créancier.

28. La convention ne limite pas le droit pour tout créancier de demander l'ouverture d'une procédure territoriale secondaire d'insolvabilité.

29. Une procédure territoriale secondaire d'insolvabilité ne peut être qu'une procédure de liquidation (cf. aussi point 31).

30. L'ouverture d'une procédure territoriale indépendante ne peut être demandée que par les créanciers locaux et les créanciers de l'établissement local ou lorsque les dispositions du droit applicable ne permettent pas d'ouvrir une procédure principale. Ces limitations visent à éviter la coexistence de procédures locales parallèles qui ne sont pas coordonnées dans le cadre d'une procédure principale communautaire.

Ces limitations ne sont pas de nature à porter atteinte aux droits individuels des créanciers à recouvrer leurs créances : si aucune procédure collective n'est ouverte, ils peuvent avoir recours à des actions de recouvrement et d'exécution individuelles.

31. La procédure territoriale indépendante peut être une procédure de liquidation ou une procédure d'assainissement énumérée à l'annexe A ou à l'annexe B de la convention.

S'il s'agit d'une procédure d'assainissement, l'ouverture ultérieure de la procédure principale l'expose à la possibilité d'une conversion en une procédure de liquidation si le syndic désigné dans la procédure principale le demande. Si cette conversion n'est pas demandée, la procédure locale peut être poursuivie en tant que procédure d'assainissement.

## H. Fonctions de la procédure locale

32. La première fonction d'une procédure locale est "la protection des intérêts locaux". Les créanciers peuvent demander l'ouverture d'une procédure locale territoriale pour se protéger contre les répercussions de la loi d'un autre Etat contractant. Ils peuvent ainsi être certains que, même si le centre des intérêts du débiteur se situe dans un autre Etat contractant, leur situation juridique sera la même que dans une procédure nationale. Cette possibilité intéresse les créanciers qui ne peuvent compter sur la reconnaissance de leurs droits (ou de leur rang privilégié) dans la procédure dans un autre Etat contractant. Elle intéresse en outre les créanciers qui ne peuvent pas compter sur l'application de la loi d'un autre Etat contractant (par exemple, petits créanciers qui n'ont pris part qu'à des transactions dans le cadre national avec le siège local d'une entreprise d'un autre Etat contractant, etc.).
33. La deuxième fonction d'une procédure locale est de servir de "procédure auxiliaire" à la procédure principale.

Le syndic de la procédure principale peut demander l'ouverture d'une procédure secondaire lorsque l'administration efficace du patrimoine du débiteur le requiert. Ce peut être le cas par exemple, lorsque le patrimoine du débiteur est trop complexe pour être administré en bloc, lorsque les différences entre les systèmes juridiques concernés sont à ce point importantes que des difficultés peuvent résulter de l'extension des effets de la loi de l'Etat d'ouverture aux autres Etats où se trouvent les actifs. Ce sera toujours le cas lorsque le syndic de la procédure principale cherche à affecter les droits réels des créanciers ou d'autres tiers sur des biens situés dans un autre Etat au moment de l'ouverture de la procédure.

## I. Coordination des procédures locales d'insolvabilité

34. Les procédures principale et locale parallèles d'insolvabilité représentent un stade intermédiaire entre les actions individuelles engagées par les créanciers et l'"action collective" au sens plein, représentée par une procédure universelle unique. La coopération est facilitée puisque le rôle d'intermédiaire que jouent les syndics limite le nombre d'acteurs et, partant, la complexité de l'ensemble.

Cependant, la méthode de coordination entre les procédures locales est aussi importante que leur existence. Pour encourager la coopération, la convention permet à tous les créanciers, quel que soit l'Etat d'origine de leurs créances, de participer à la procédure locale (la procédure locale n'est pas réservée aux créanciers locaux).

35. La procédure secondaire d'insolvabilité fait l'objet d'une coordination avec la procédure principale à plusieurs égards, l'objectif étant que les intérêts de la procédure principale soient dûment pris en compte, sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux fonctions propres de la procédure secondaire. Certaines de ces règles de coopération s'appliquent aussi aux procédures secondaires entre elles (cf. point 36 paragraphes 1, 2 et 5).



36. 1. La convention impose à tous les syndics un devoir de coopération et d'échange d'information réciproques tant dans la procédure principale que dans la procédure secondaire.
2. Tous les syndics sont habilités à :
- a) produire dans d'autres procédures les créances déjà produites dans la procédure dont ils ont eux-mêmes la responsabilité ; ce pouvoir a beaucoup d'importance pour les petits créanciers, dont les créances peuvent être ainsi produites à peu de frais dans des procédures dans un autre Etat contractant, de même que pour le syndic de la procédure principale, dont l'influence sur les procédures secondaires peut s'en trouver renforcée.
  - b) participer à ces procédures.
3. Le syndic de la procédure principale est, en tant que tel, expressément habilité à :
- a) demander l'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité ;
  - b) faire des propositions en vue de la liquidation ou d'une autre utilisation des actifs de la procédure secondaire ;
  - c) proposer tout plan de sauvetage, concordat ou mesure comparable dans la procédure secondaire ou demander qu'une telle mesure soit subordonnée à des conditions, son accord étant en principe nécessaire à cet effet ;

- d) demander une suspension de la liquidation des actifs dans la procédure secondaire. Cette demande ne peut être rejetée par la juridiction locale que si elle est manifestement sans intérêt pour les créanciers de la procédure principale. Cela se justifie par la volonté de prévoir un délai en vue de procéder à un assainissement ou de conclure un concordat dans la procédure principale ou en vue de vendre l'ensemble de l'entreprise ou de l'établissement ;
4. Le surplus éventuel d'actifs au terme de la liquidation et de la répartition effectuée dans une procédure locale est transféré à la procédure principale.
5. Tout créancier peut conserver ce qu'il a obtenu dans une procédure secondaire, mais il ne peut pas participer à la répartition effectuée dans la procédure principale d'insolvabilité tant que les autres créanciers du même rang (conformément à la loi de la procédure principale) n'ont pas obtenu, en pourcentage, un dividende équivalent. La même règle est applicable lorsque le créancier demande à participer à une autre procédure secondaire. Un compte consolidé des dividendes doit être établi pour tous les Etats contractants (c'est-à-dire la Communauté).
37. Une procédure territoriale indépendante d'insolvabilité devient également une procédure "subordonnée" dès qu'une procédure principale est ouverte à l'intérieur de la Communauté. Dans ce cas, les règles de coordination auxquelles sont soumises les procédures secondaires sont applicables dans la mesure où l'état d'avancement de la procédure indépendante le permet. Après l'ouverture de la procédure principale, une procédure locale d'insolvabilité peut donc se poursuivre, non comme une procédure indépendante, mais comme une procédure secondaire.

38. En outre, le syndic de la procédure principale a le droit spécifique de demander la conversion de la procédure territoriale indépendante d'assainissement ouverte antérieurement (cf. points 31, 86 et 210) en une procédure de liquidation (en vue de faciliter la coordination avec la procédure principale d'insolvabilité).
39. La convention n'envisage pas la situation exceptionnelle de deux procédures territoriales indépendantes parallèles se déroulant simultanément dans la Communauté sans qu'une procédure principale ait été ouverte dans l'Etat contractant où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. L'application par analogie des règles de la convention qui traitent de la coordination entre elles des procédures secondaires d'insolvabilité (cf. points 36 paragraphes 1, 2 et 5) devrait être permise.

### III. ANALYSE DES DISPOSITIONS

#### A. Préambule

40. Le préambule de la convention contient plusieurs indications importantes sur la place de la convention au sein du système communautaire.
41. La première indication concerne sa base juridique. Le préambule indique l'article 220 du traité CE comme fondement de la convention.

En conséquence, les caractéristiques de la convention relative aux procédures d'insolvabilité sont les suivantes :

- tous les Etats membres doivent ratifier la convention ;
  - la compétence en matière d'interprétation est attribuée à la Cour de justice des Communautés européennes. Contrairement à la Convention de Bruxelles de 1968 et à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ci-après dénommée "Convention de Rome de 1980", l'attribution de compétence fait partie de la convention et n'est pas prévue dans les protocoles complémentaires ;
  - la convention n'admet aucune réserve, sauf en ce qui concerne l'attribution de compétence à la Cour de Justice des Communautés européennes (cf. article 46) (cf. points 57 et ss).
42. La convention relative aux procédures d'insolvabilité complète le système de compétence judiciaire international et la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires mis sur pied par la Convention de Bruxelles de 1968, qui elle aussi est fondée sur l'article 220 du traité CE.

Cependant, la convention relative aux procédures d'insolvabilité va plus loin que la Convention de Bruxelles de 1968, car non seulement elle règle la compétence judiciaire internationale et la reconnaissance de décisions, mais elle contient également des règles de conflit sur la loi applicable à la procédure et à ses effets. Sans la garantie du respect des droits acquis qu'offre un système uniforme de règles de conflit de lois, une convention sur la reconnaissance réciproque de procédures d'insolvabilité ne serait pas possible. Les règles de conflit de lois harmonisées garantissent les droits acquis, de façon à ce que, en cas d'insolvabilité, les droits créés dans chaque Etat soient reconnus dans d'autres Etats contractants.

43. La convention relative aux procédures d'insolvabilité ne prévoit aucune règle expresse quant à son interprétation. De même que dans la Convention de Bruxelles de 1968 et dans la Convention de Rome de 1980, l'interprétation de la convention doit se faire suivant deux principes : le principe du respect dû au caractère international de la norme et le principe d'uniformité.

La convention constitue un ensemble de normes juridiques autonome et ses concepts ne peuvent être assimilés aux concepts propres au droit national. La convention doit garder la même signification dans les différents systèmes nationaux. Ses concepts ne peuvent dès lors être interprétés comme renvoyant simplement au droit national de l'un ou l'autre des Etats concernés.

Lorsque la substance d'un problème est directement réglée par la convention, le caractère international de la convention exige une interprétation autonome de ses concepts. Une interprétation autonome implique que le sens de ses concepts soit déterminé par référence aux objectifs et au système de la convention, compte tenu de la fonction spécifique de ces concepts au sein de ce système et des principes généraux qui peuvent être déduits de l'ensemble des droits nationaux des Etats contractants.

Toutefois, la convention elle-même peut nécessiter, quand elle préfère ne pas interférer avec le droit national ou quand la fonction d'une disposition particulière de la convention l'exige, le recours au droit national applicable pour dégager le sens d'un concept. Ainsi seront déterminées, par exemple, la notion d'insolvabilité figurant à l'article 1er ou la notion de droits réels prévue à l'article 5 de la convention.

L'uniformité de l'interprétation est nécessaire pour assurer l'égalité des droits et des obligations dérivés de la convention pour les Etats contractants et pour les personnes concernées, indépendamment de l'Etat contractant où elles se trouvent. C'est à cette fin que la convention attribue une compétence d'interprétation à la Cour de justice des Communautés européennes.

44. La deuxième indication importante concerne le cadre territorial de la convention : elle ne règle que les "effets intracommunautaires" des procédures d'insolvabilité. La convention ne règle que les conflits internes de la Communauté, sous réserve de deux autres limitations :

- a) La convention ne règle pas tous les conflits intracommunautaires. Elle couvre seulement les cas où le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans un Etat contractant. Lorsque ce centre se situe en dehors du territoire d'un Etat contractant, la convention ne s'applique pas. Dans ce cas, il appartient aux systèmes de droit international privé des Etats membres de déterminer si des procédures d'insolvabilité peuvent être ouvertes contre le débiteur et de fixer les règles applicables.

Le principe est le même que le débiteur ait ou non des biens ou des créanciers dans d'autres Etats membres, et que la question se pose ou non des effets d'une telle procédure dans d'autres Etats membres (cf. point 82).

- b) Même lorsque le centre des intérêts du débiteur se trouve dans un Etat contractant et que la convention est applicable, ses dispositions ont une portée limitée aux relations avec les autres Etats contractants. S'il s'agit d'Etats tiers, il appartient à chaque Etat membre de définir les règles de conflit appropriées.

Ainsi, par exemple, l'article 8 règle les effets d'une procédure d'insolvabilité sur les contrats portant sur les biens immobiliers du débiteur comme une exception à l'application générale du droit de l'Etat d'ouverture (ex article 4), mais il n'est applicable que lorsque ces biens sont situés sur le territoire d'un Etat contractant. Si les biens en question se trouvent dans un Etat non contractant, la convention ne règle pas la question. Il appartient à l'Etat d'ouverture de la procédure de décider s'il est souhaitable de déroger à l'application générale de son droit et dans quelles conditions.

45. Comme la convention n'offre qu'une réglementation partielle (intracommunautaire), elle doit être complétée par les dispositions du droit international privé de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Au moment d'incorporer la convention dans leur législation, les Etats contractants devront donc vérifier si leurs règles actuellement en vigueur peuvent compléter de manière adéquate les règles de la convention, ou s'ils doivent établir de nouvelles règles dans ce but. A cet égard, rien n'interdit aux Etats contractants d'étendre unilatéralement à l'extérieur de la Communauté toutes ou quelques-unes des solutions de la convention pour les intégrer dans leur droit national.

46. La troisième indication importante se rapporte aux relations entre la présente convention et le droit communautaire. La convention représente le cadre général de coopération intracommunautaire dans le domaine des procédures d'insolvabilité. Mais, comme la Convention de Bruxelles de 1968 (article 57 paragraphe 3) et la Convention de Rome de 1980 (article 20), elle reconnaît de façon explicite le principe de primauté du droit communautaire dérivé. Pour cette raison, le préambule souligne que la convention n'affecte pas l'application éventuelle des dispositions du droit communautaire, ou du droit national harmonisé en application de ces dispositions qui régissent les procédures d'insolvabilité dans des domaines spécifiques.

Ce principe n'empêche pas que certaines règles de la convention modifient directement les solutions contenues dans les actes communautaires précédents (cf. article 12).

47. La quatrième indication concerne le caractère obligatoire de la convention à l'égard des procédures d'insolvabilité, dont les dispositions, y compris les règles de conflit de lois, devront être appliquées d'office par le juge même si elles ne sont pas invoquées par les parties.

Bien qu'il n'y ait rien de spécifique sur ce point dans la convention, cette solution a été adoptée par la Convention de Bruxelles de 1968. Des raisons majeures pour le caractère obligatoire existent dans la convention relative aux procédures d'insolvabilité, puisqu'il s'agit de procédures collectives qui par leur nature sont susceptibles d'affecter une pluralité d'intérêts et de personnes. Le caractère obligatoire est nécessaire afin de renforcer la protection juridique des personnes établies dans la Communauté car la convention représente la garantie fondamentale de leurs droits en présence de procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres Etats contractants.



Toutefois, le droit national déterminera si le juge est lui-même obligé d'établir les faits ou s'il appartient aux parties de les établir (cf. rapport Schlosser sur la Convention de Bruxelles de 1968, point 22).

B. Chapitre I: Dispositions générales

Article 1er

Champ d'application

48. L'article 1er paragraphe 1 détermine le champ d'application de la convention par le concept de "procédure collective d'insolvabilité". L'article 1er se limite à donner un cadre très ample dans la mesure où il doit englober des procédures nationales très diverses. Le paragraphe 1 détermine ce cadre, en exigeant quatre conditions cumulatives que nous verrons plus loin.

Il convient de signaler à présent que, pour que la convention soit appliquée, il ne suffit pas que la procédure en question remplisse génériquement ces conditions. D'après l'article 2 points a) et c), pour qu'une procédure d'insolvabilité puisse bénéficier de la convention, il faut également que la procédure en question ait été expressément inscrite par l'Etat intéressé sur les listes de procédures qui figurent en annexe et qui font partie intégrante de cette convention. Ne seront considérées comme "procédure d'insolvabilité" au sens de la convention et ne bénéficieront de ses dispositions que les procédures expressément désignées sur les listes. Dans un domaine où les droits nationaux divergent sensiblement, le système des listes a pour but de donner une sécurité juridique quant aux procédures auxquelles la convention peut être appliquée.

En bref, nous pourrions dire que l'article 1er paragraphe 1 établit les conditions pour qu'une procédure puisse être incluse par les Etats contractants sur les listes de la convention, et c'est seulement si la procédure est incluse sur la liste appropriée que la convention devient applicable (cf. article 2 points a) et c)).

49. L'article 1er paragraphe 1 délimite les procédures auxquelles s'applique la convention sur la base de quatre conditions fondamentales :

- a) il doit s'agir d'une procédure "collective" : aucun des créanciers concernés ne peut obtenir satisfaction autrement que par le biais de la procédure d'insolvabilité, toute action individuelle étant exclue.
- b) la procédure doit être fondée sur "l'insolvabilité" du débiteur et non sur d'autres causes.

La convention se base sur une idée de crise financière mais ne donne pas sa propre définition du concept d'insolvabilité. Elle le reprend du droit national de l'Etat d'ouverture.

Il n'y a pas de test d'insolvabilité différent de celui prévu par le droit national de l'Etat où la procédure est ouverte. Ainsi, si un droit national est fondé sur la survenance d'un acte de faillite visé par le droit des faillites ou sur la preuve que le débiteur a cessé de payer ses dettes, il suffira qu'un tel fait soit établi pour pouvoir ouvrir une procédure d'insolvabilité et appliquer la convention.

Il peut arriver exceptionnellement qu'une des procédures énoncées à l'annexe A ou à l'annexe B de la convention ne soit pas une procédure propre au droit des faillites, mais qu'elle serve à plusieurs fins. Une telle procédure n'entrera dans le champ d'application de la convention que si elle est fondée sur l'insolvabilité du débiteur (le cas échéant, la Convention de Bruxelles de 1968 sera appliquée). Tel est le cas des procédures de liquidation ("winding-up") en vertu du droit britannique et irlandais (cf. points 55 et ss. du rapport Schlosser sur la Convention de Bruxelles de 1968).

Ainsi, les Etats qui incluent dans les listes des procédures pouvant être utilisées à des fins autres qu'une procédure collective d'insolvabilité doivent apporter des moyens d'identification suffisants des procédures pour faciliter l'application de la convention, par exemple en demandant à leurs juridictions ou organes compétents de spécifier clairement les motifs sur lesquels se fonde la décision d'ouvrir une procédure, pour qu'ils puissent permettre son identification.

- c) la procédure implique le dessaisissement total ou partiel du débiteur, c'est-à-dire, le transfert à une autre personne, le syndic, des pouvoirs d'administration et de disposition sur tout ou partie du patrimoine du débiteur ou la limitation des pouvoirs de celui-ci par l'intervention et le contrôle de ses actes. Il convient de rappeler que le dessaisissement partiel portant soit sur le patrimoine, soit sur les pouvoirs d'administration est suffisant. La nature juridique que ce dessaisissement peut revêtir selon le droit national applicable n'a pas d'effet sur l'application de la convention à la procédure en question.

d) la procédure entraîne la désignation d'un syndic. Cette exigence est directement liée à la précédente. Le concept de syndic utilisé par la convention est, à nouveau, un concept très ample. Il comprend selon l'article 2 point b) toute personne ou organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens ou de surveiller la gestion des affaires du débiteur. La juridiction même peut remplir ce rôle. Les personnes ou organes considérés comme syndic par la convention sont mentionnés dans la liste figurant à l'annexe C de la convention.

50. Toutes les procédures figurant sur la liste à l'annexe A engendrent ces deux dernières conséquences : le dessaisissement total ou partiel du débiteur et la désignation d'un syndic. Toutefois, il y aurait distorsion si la convention ne devait s'appliquer qu'à partir du moment où elles se sont produites. Les premières phases des procédures d'insolvabilité pourraient être exclues du schéma de coopération internationale de la convention. Ces conséquences sont nécessaires pour qu'une procédure figure sur les listes à l'annexe A. Mais une fois la procédure incluse, il suffit de l'ouvrir afin que la convention s'applique dès le début.

51. L'article 1er paragraphe 1 de la convention ne reprend pas dans sa rédaction finale l'exigence que la procédure soit susceptible d'entraîner la liquidation des biens du débiteur.

Limiter l'application de la convention aux procédures de liquidation aurait eu l'avantage de simplifier la réglementation. Cependant, cela aurait l'inconvénient d'exclure de la coopération européenne des procédures très importantes dans la pratique des faillites de certains Etats contractants, telles que la "suspensión de pagos" en Espagne ou la "surséance van betaling" aux Pays-Bas.

L'analyse économique montre que le fait de retenir dans le droit des procédures d'insolvabilité l'option entre deux possibilités : liquidation ou assainissement, est en soi-même une bonne décision. Il doit en être de même dans le domaine international. Aucune raison économique ne justifie l'exclusion des procédures d'assainissement de la coopération internationale. La convention contient également les mécanismes suffisants de défense des intérêts des créanciers (par exemple la possibilité d'ouvrir des procédures d'insolvabilité territoriales conformément au droit local). Pour certains Etats contractants, l'exclusion des procédures d'assainissement n'était donc pas justifiée.

A l'issue de la négociation, on parvint au compromis d'élargir le système de la convention à des procédures d'insolvabilité dont l'objectif principal n'est pas la liquidation mais l'assainissement.

Au terme de ce compromis, cependant, les procédures locales territoriales ouvertes après la procédure principale ne peuvent être que des procédures de liquidation (cf. points 83 et 86). Si elles sont ouvertes avant la procédure principale, elles sont converties en procédures de liquidation si le syndic de la procédure principale en fait la demande. Les complications de compatibilité et de coordination entre une procédure secondaire d'assainissement (ou plusieurs, si le débiteur est établi dans plusieurs Etats contractants) et la procédure principale ont conduit à restreindre cette possibilité .

52. La convention est élaborée sur la base de procédures d'insolvabilité conduites par les tribunaux. Ceci constitue la règle générale.

Cependant, l'article 1er n'exige pas que la procédure implique nécessairement l'intervention d'une autorité judiciaire (ou d'une autorité de fonction équivalente). Il doit s'agir d'une procédure (ce qui comprend un minimum d'actes et de formalités prescrites par la loi) officiellement reconnue et exécutoire dans l'Etat d'ouverture et qui réunit les quatre conditions de l'article 1er paragraphe 1.

L'exigence de l'intervention d'une autorité judiciaire fut volontairement exclue, afin de permettre l'application de la convention aux procédures collectives non judiciaires courantes dans des pays tels que le Royaume-Uni ou la République d'Irlande (spécialement les "creditors voluntary wind-up"). Ces procédures offrent les garanties suffisantes (entre autres, l'accès aux tribunaux afin de contrôler la légalité de la procédure et de résoudre tous les incidents qui pourraient se produire) pour permettre leur incorporation à la convention. Leur importance pratique le justifie ainsi : elles représentent un pourcentage important du total des cas d'insolvabilité de sociétés. A nouveau la convention a suffisamment de mécanismes de défense des intérêts des créanciers (possibilité de procédures secondaires, exception d'ordre public, garanties du respect des droits acquis etc.) pour permettre que ces procédures bénéficient du système de la convention.

Le fait que des procédures non judiciaires relèvent de la convention ne signifie pas qu'elles sont traitées comme des procédures judiciaires, ni qu'on attribue les effets d'une décision judiciaire aux décisions adoptées dans le cadre de la procédure. Cela signifie simplement que les règles de la convention doivent être appliquées avec souplesse, sans perdre de vue le fait qu'elles ont été élaborées sur le modèle d'une procédure judiciaire.

De ce point de vue, la convention apporte une réponse positive à deux questions essentielles :

1. ces procédures doivent être reconnues comme des procédures collectives d'insolvabilité au sens de l'article 1er. Cela signifie que, une fois que la procédure est ouverte dans un Etat contractant conformément à l'article 3, les créanciers doivent rechercher la satisfaction de leurs créances à travers cette procédure collective, même lorsque cette procédure n'est pas intentée devant les tribunaux. Toute question relative au déroulement de la procédure ou aux décisions prises au cours de celle-ci devra être soumise aux tribunaux de cet Etat ;
2. doivent être reconnus dans d'autres Etats contractants la désignation du syndic et les pouvoirs que lui confère la loi de l'Etat d'ouverture. Toutefois, si le syndic veut exercer ses pouvoirs dans un autre Etat contractant, il est nécessaire que les Etats contractants qui connaissent ce type de procédures, c'est-à-dire le Royaume-Uni et la République d'Irlande, introduisent dans leur législation nationale une procédure de confirmation par les tribunaux de la nature de la procédure et de la désignation du syndic. Cette condition figure sur la liste contenue à l'annexe A, qui énumère les procédures désignées par chaque Etat. Dans les deux cas, l'on parle de procédures "avec confirmation par des tribunaux".

53. Enfin, l'article 1er paragraphe 1 n'exige aucun statut particulier dans la personne du débiteur. La convention est applicable à toutes les procédures sans distinction, que le débiteur soit une personne physique ou morale, un commerçant ou un particulier (cf. commentaire article 4).

54. Article 1er paragraphe 2 : La convention ne s'applique pas aux procédures d'insolvabilité qui concernent les entreprises d'assurance et les établissements de crédit, les entreprises d'investissement qui fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières de tiers, ainsi que les organismes de placement collectif.

Les Etats contractants soumettent ces organismes à un contrôle prudentiel, exercé par les autorités nationales de surveillance afin de minimiser le risque couru par les secteurs en cause et par l'ensemble du système financier. Tous ces organismes sont soumis à des règles communautaires spécifiques dans l'exercice de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation de services, fondées sur le principe du contrôle de l'organisme en question par les autorités de l'Etat d'origine. Des négociations sont en cours en vue d'adopter des directives sur des mesures d'assainissement et des procédures de liquidation pour les établissements de crédit et les entreprises d'assurance; des directives sur les procédures d'insolvabilité relatives aux autres organismes décrits à ce point devraient suivre. C'est pourquoi il a été convenu que les procédures d'insolvabilité relatives aux organismes précités devaient être exclues du champ d'application de la convention.



55. L'exclusion des établissements de crédit et des entreprises d'assurance n'a trouvé l'accord de tous les Etats qu'au regard d'une déclaration du Conseil et de la Commission portant sur la nécessité d'intensifier les travaux sur les procédures d'insolvabilité concernant les établissements et les entreprises mentionnées à l'article 1er paragraphe 2.
56. Les établissements et entreprises exclus ne sont pas définis par la convention, mais par d'autres instruments de droit communautaire. Les dispositions actuellement applicables sont mentionnées aux points 57 à 60.

Les organismes et entreprises qui répondent aux définitions données par les règlements et directives communautaires pertinents sont exclus du champ d'application de la convention, même si les règles particulières établies par ces règlements et directives communautaires ne s'appliquent pas à eux pour d'autres motifs.

57. Une "entreprise d'assurance" est une entreprise couverte par la première directive 73/239/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et son exercice, telle qu'elle a été modifiée en dernier lieu par la directive 95/26/CE, et par la première directive 79/267/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie et son exercice, telle qu'elle a été modifiée en dernier lieu par la directive 95/26/CE.

58. Un "établissement de crédit" est une entreprise couverte par la définition de la première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, telle qu'elle a été modifiée en dernier lieu par la directive 95/26/CE, c'est-à-dire une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte.
59. Une "entreprise d'investissement" est une entreprise couverte par la définition de la directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, telle qu'elle a été modifiée par la directive 95/26/CE (article 1er), c'est-à-dire toute entreprise qui exerce habituellement une activité consistant à fournir à des tiers un service d'investissement à titre professionnel portant sur des valeurs mobilières (et instruments du marché monétaire). On entend par service d'investissement, par exemple, la réception, la transmission, l'achat ou la vente pour le compte d'autrui portant sur des valeurs mobilières, la négociation pour compte propre de ces valeurs, la gestion sur une base discrétionnaire et individualisée, de portefeuilles d'investissement comportant des valeurs mobilières, dans le cadre d'un mandat donné par les investisseurs.
60. Un "organisme de placement collectif" est un organisme couvert par la définition de la directive 611/85/CEE du Conseil du 20 décembre 1985, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), telle qu'elle a été modifiée en dernier lieu par la directive 95/26/CE, c'est-à-dire tout organisme dont l'objet exclusif est le placement collectif en valeurs mobilières de capitaux recueillis auprès du public et dont le fonctionnement est soumis aux principes de la répartition des risques et dont les parts sont, à la demande du porteur, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de ces organismes.

## Article 2

### Définitions

61. L'article 2 propose les définitions d'une série de concepts qui figurent tout au long de la convention.
62. Point a) : Indique que, pour la convention, "les procédures d'insolvabilité" font référence aux procédures remplissant les conditions de l'article 1er paragraphe 1 et figurant à l'annexe A de la convention qui fait partie intégrante de celle-ci. Ainsi, seules les procédures figurant à l'annexe peuvent bénéficier du système de reconnaissance de la convention.

Les Etats contractants peuvent modifier la liste de leurs procédures par le mécanisme de révision visé à l'article 54.

63. Point b) : le concept de syndic s'entend dans un sens large pour englober toute personne ou organe, qui est désigné pour administrer ou liquider les biens du failli, ou pour veiller à la gestion des affaires du débiteur (rappelons que le dessaisissement total ou partiel du débiteur est une des conditions pour que la procédure relève de la convention).

L'identification des personnes ou organes de droit national remplissant les conditions pour être "syndic" aux fins de la convention a lieu par leur inscription sur la liste de l'annexe C de la convention.

Quand la juridiction exerce elle-même, en vertu de la loi nationale, des fonctions d'administration des biens du débiteur, elle peut être qualifiée de "syndic" au sens de la convention. Il est cependant nécessaire que l'Etat concerné précise à l'annexe C de la convention que ses juridictions peuvent faire office de syndic.

64. Point c) : Le concept de "procédure de liquidation" a pour but de définir le type de procédures pouvant être considérées comme procédures secondaires.

Pour les raisons citées au point 51, seules les procédures d'insolvabilité au sens de l'article 1er qui sont de surcroît susceptibles d'entraîner la liquidation des biens du débiteur peuvent être des procédures secondaires après l'ouverture de la procédure principale.

Le fait qu'une procédure de liquidation puisse être clôturée par l'accord des créanciers ou d'une autre quelconque manière mettant fin à l'insolvabilité du débiteur, ne modifie pas cette qualification si le but essentiel de la procédure est de conduire à la liquidation.

Les Etats contractants doivent faire figurer dans la liste de l'annexe B les procédures qui feront office de procédures secondaires. A défaut d'être incluse dans cette liste, une procédure déterminée ne peut bénéficier des règles de la convention. Tout Etat contractant doit inclure au moins une procédure dans la liste de l'annexe B.

65. La convention n'étend pas cette limite aux procédures qui peuvent être des procédures territoriales indépendantes ouvertes avant la procédure principale, conformément à l'article 3 paragraphe 4.

Ces procédures peuvent être des procédures mentionnées à l'annexe A (y compris les procédures d'assainissement) ou à l'annexe B (uniquement des procédures de liquidation). Néanmoins, une fois que la procédure principale est ouverte, le syndic de cette dernière est habilité à demander la conversion de toute procédure locale d'insolvabilité ouverte conformément à l'article 3 paragraphe 4 en procédure de liquidation figurant à l'annexe B.

66. Point d) : le terme "juridiction" est compris au sens large du terme. Il comprend non seulement les tribunaux judiciaires ou une autorité qui remplit une fonction similaire à celle d'un tribunal ou d'une autorité publique (ainsi que les versions précédentes du projet l'exigeaient), mais également une personne ou un organe habilité par la loi nationale à ouvrir une procédure ou à prendre des décisions au cours de celle-ci (cf. point 52).

Cette rédaction rapproche cette convention du concept d'"autorité compétente" de l'article 4 de la Convention d'Istanbul de 1990, où le rapport explicatif signale (point 23) que les termes "autorité compétente" pour l'ouverture d'une procédure peut comprendre l'organisme compétent d'une personne morale qui décide sa propre liquidation pour des raisons d'insolvabilité comme c'est le cas dans la République d'Irlande et au Royaume-Uni.

67. Point e) : le terme "décision" doit être entendu dans un sens large, dans la logique du contenu du point 66.
68. Point f) : "le moment de l'ouverture de la procédure" est très important, car de nombreuses questions trouvent une solution par référence à ce moment. Le moment de l'ouverture de la procédure est considéré comme étant celui où la décision prend effet selon le droit de l'Etat d'ouverture de la procédure.

La convention ne requiert pas que la décision d'ouverture soit définitive. Il suffit qu'elle produise des effets dans l'Etat d'ouverture, et que ces effets ne soient pas suspendus.

Dans le cas des procédures non judiciaires tels que la procédure de "creditors voluntary winding-up", la question a été débattue de savoir si, pour fixer le moment d'ouverture, on devrait maintenir le même critère, ou prendre comme référence la date de la confirmation par la juridiction de la nature de la procédure et de la désignation du syndic. La date de la confirmation par une juridiction n'est à prendre comme référence que pour permettre l'exercice des pouvoirs du syndic sur le territoire d'un autre Etat contractant (cf. point 52). Quant aux autres questions, la règle générale énoncée dans le présent point prévaut.

69. Point g) : les termes "Etat contractant dans lequel se trouve un bien" est importante dans la mesure où la procédure principale n'affecte pas certains droits sur les biens situés à l'étranger (cf. articles 5 et 7) et que les procédures territoriales ne peuvent affecter que les biens situés sur le territoire de l'Etat d'ouverture. A cet égard, la convention doit donc apporter une aide afin de déterminer quels sont les critères de localisation des biens. En réalité, la convention ne fait qu'insister sur les solutions traditionnelles du droit international privé, connues dans tous les Etats contractants.

Ainsi, les biens corporels sont considérés comme situés dans le lieu où ils se situent matériellement.

Les biens et les droits que le propriétaire ou le titulaire doit faire inscrire dans un registre public sont considérés comme situés dans l'Etat sous l'autorité duquel le registre est tenu. Cette disposition s'applique, par exemple, dans le cas des registres de navires et d'aéronefs, et elle s'étend aussi aux biens incorporels, comme les brevets ou les sûretés. L'Etat sous l'autorité duquel le registre est tenu n'est pas nécessairement l'Etat où le registre est situé matériellement (il peut s'agir d'un registre consulaire ou d'un registre international centralisé).

"Registre public" ne signifie pas registre tenu par une autorité publique, mais un registre accessible au public sur lequel l'inscription produit des effets à l'égard des tiers. Il pourrait aussi s'agir de registres privés ayant ces caractéristiques, reconnus par le système juridique national concerné.

En ce qui concerne le brevet communautaire, la marque communautaire et d'autres droits analogues d'origine communautaire, l'article 12 indique qu'ils ne peuvent être inclus que dans une procédure principale fondée sur l'article 3 paragraphe 1 (cf. point 133).

Enfin, les créances sont considérées comme situées dans l'Etat où le débiteur de la créance en question (et non le débiteur insolvable) a le centre de ses intérêts principaux. Le concept de "centre des intérêts principaux" est le même que celui utilisé à l'article 3 paragraphe 1 (cf. point 75).



70. Point h) : Le concept d'"établissement" est lié au critère de compétence internationale retenu pour ouvrir une procédure territoriale. A cet égard, il convient de signaler que l'article 3 paragraphe 2, qui traite de la compétence pour ouvrir une telle procédure territoriale, a été l'une des dispositions les plus discutées au cours des négociations.

Plusieurs Etats contractants désiraient que les procédures territoriales puissent être ouvertes non seulement sur la base de la présence d'un établissement, mais aussi sur celle de la simple présence de biens du débiteur (affectés à une activité économique), sans qu'il y ait nécessairement un établissement du débiteur.

Afin d'aboutir à un consensus global sur la convention, ces Etats ont accepté de renoncer à la présence de biens comme base de compétence internationale pour autant que le concept d'établissement soit interprété d'une façon ample tout en gardant la congruence avec le texte de la convention. C'est ce qui explique la définition très large donnée à l'article 2 point h).

Dans la présente convention, la simple présence de biens (par exemple l'existence d'un compte bancaire) n'autorise donc pas l'ouverture d'une procédure locale territoriale. La présence d'un établissement du débiteur sur le territoire concerné est nécessaire.

Défendue par un Etat, la possibilité d'adopter dans la convention le même concept d'établissement que la Cour de Justice des Communautés européennes a donné dans son interprétation de l'article 5 paragraphe 5 de la Convention de Bruxelles de 1968 n'a pas été retenue. La majorité des Etats a préféré mettre au point un concept autonome.

En effet, la Cour de justice des Communautés européennes a insisté sur le fait que les compétences spéciales prévues à l'article 5 de la Convention de Bruxelles de 1968 doivent faire l'objet d'une interprétation stricte face au critère général de compétence du domicile du défendeur. Dans ces conditions, importer le concept utilisé dans la Convention de Bruxelles de 1968 signifiait risquer de communiquer à la convention relative aux procédures d'insolvabilité une interprétation éventuellement restrictive du concept d'établissement, c'est-à-dire justement le contraire de ce que souhaitait la majorité du groupe de travail. Pour cette raison, on opta pour une définition propre à la convention, laquelle est contenue à l'article 2.

71. Dans la convention relative aux procédures d'insolvabilité, on entend par "établissement" un lieu d'opérations à travers lequel le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique en comptant sur des ressources humaines et des biens.

Le lieu d'opérations signifie un lieu à partir duquel des activités économiques sont exercées sur le marché (c'est-à-dire orientées vers l'extérieur), qu'il s'agisse d'activités commerciales, industrielles ou professionnelles.

Souligner que l'activité économique doit être réalisée avec des ressources humaines démontre le besoin d'un minimum d'organisation. Un lieu d'opérations simplement occasionnel ne peut être qualifié d'établissement. Une certaine stabilité est nécessaire. La formule négative ("non transitoire") prétend éviter des exigences d'une durée minimum. Le facteur déterminant est de savoir comment l'activité se manifeste vers l'extérieur et non les intentions du débiteur.

La raison d'être de la règle est de permettre que les opérateurs économiques étrangers, exerçant leurs activités économiques à partir d'un établissement local, soient soumis aux mêmes règles que les opérateurs économiques nationaux dans la mesure où ils agissent sur le même marché. Ainsi, les futurs créanciers n'auront pas à se soucier, s'ils passent un contrat avec un établissement local, du caractère national ou étranger de la société dont ils dépendent. Les coûts liés à leur information et le risque juridique qu'ils courent en cas d'insolvabilité du débiteur seront les mêmes qu'ils passent le contrat avec une entreprise nationale ou avec une entreprise étrangère ayant une présence locale sur ce marché.

Il est évident que la possibilité d'ouvrir une procédure locale territoriale d'insolvabilité n'a de sens que si le débiteur possède suffisamment de biens sur le territoire en question. Que ces biens aient ou non un lien avec les activités économiques de l'établissement est sans importance.

### Article 3

#### Compétence internationale

72. Les règles de compétence contenues dans la convention ne fixent que la compétence internationale, c'est-à-dire qu'elles désignent les Etats contractants dont les juridictions peuvent ouvrir une procédure d'insolvabilité. La compétence territoriale au sein de cet Etat contractant doit être déterminée par le droit national de l'Etat concerné.

73. Procédure principale d'insolvabilité :

L'article 3 paragraphe 1 permet d'ouvrir dans l'Etat contractant où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux une procédure principale d'insolvabilité universelle. Une procédure principale d'insolvabilité a une portée universelle. Elle vise à englober tous les biens du débiteur dans le monde entier et à intéresser tous les créanciers, où qu'ils se trouvent.

On ne peut ouvrir qu'une seule procédure principale dans le territoire couvert par la convention.

74. Le droit national détermine quelle personne ou entité légale peut être soumise à une procédure d'insolvabilité. Quand la règle de compétence internationale mentionne le débiteur, c'est-à-dire la personne physique ou l'entité légale (qu'il s'agisse ou non d'une personne juridique) concernée sert de référence.
75. Le concept de "centre d'intérêts principaux" doit être interprété comme désignant le lieu où le débiteur exerce de façon habituelle, et donc reconnaissable par des tiers, l'administration de ses intérêts.

La raison d'être de cette règle n'est pas difficile à expliquer. L'insolvabilité est un risque prévisible. Il est donc important de rattacher la compétence internationale (qui, comme nous le verrons, entraîne l'application des lois relatives à l'insolvabilité de cet Etat contractant) à un lieu connu des futurs créanciers du débiteur. Cela permet de calculer les risques juridiques à assumer en cas d'insolvabilité.

Par l'emploi du terme "intérêts", on entend englober non seulement les activités commerciales, industrielles ou professionnelles, mais aussi les activités économiques au sens large, de manière à inclure les activités des particuliers (par exemple des consommateurs). Le terme "principaux" constitue le critère de sélection au cas où ces intérêts comprennent des activités de caractères différents dirigées depuis d'autres centres.

En principe, le centre des intérêts principaux d'une personne exerçant une activité professionnelle est le lieu de son domicile professionnel, et celui des personnes physiques en général est le lieu de leur résidence habituelle.

En ce qui concerne les sociétés et les personnes morales, la convention présume, sauf preuve contraire, que ce centre est le lieu de leur siège statutaire, lieu correspondant normalement au centre des affaires du débiteur.

76. La convention ne prévoit pas de règles particulières pour les groupes de sociétés parentes (du type mère-filiale).

La règle générale est que, pour ouvrir ou étendre une procédure d'insolvabilité contre une des sociétés parentes au titre de débiteur principal ou solidaire, il faut respecter la règle de compétence édictée par la convention à l'égard de chacun des débiteurs en cause ayant une personnalité juridique distincte.

Il est certain que l'élaboration d'une norme européenne sur les groupes de sociétés pourrait infléchir cette réponse.

Ces mesures conservatoires sont accessoires par rapport à la procédure principale. Logiquement, elles restent subordonnées aux mesures prises dans le cadre de la procédure principale par la juridiction compétente en vertu de l'article 3 paragraphe 1 et bénéficiant du système de reconnaissance et d'exécution prévu par la convention. C'est ainsi que, en vertu des articles 16 et 25, cette juridiction peut même ordonner la levée, la modification ou le maintien de ces mesures conservatoires (cf. point 198).

La possibilité de s'adresser à la juridiction du lieu où les mesures doivent être exécutées est reprise à l'article 38, quoique le but poursuivi soit différent. Cet article autorise le syndic provisoire désigné après la demande d'ouverture de la procédure principale d'insolvabilité, mais avant cette ouverture, à demander directement aux autorités de tout autre Etat contractant l'adoption de mesures conservatoires, prévues par la loi relative à l'insolvabilité de cet Etat dans le cadre de procédures de liquidation, sur les biens du débiteur situés sur son territoire, à titre d'étape préalable à l'ouverture d'une procédure secondaire (cf. point 262).

79. La convention ne prévoit aucune règle expresse pour résoudre les cas où les juridictions de deux Etats contractants revendiqueraient simultanément la compétence reconnue par l'article 3 paragraphe 1. Ces conflits de compétence devraient être une exception, étant donné le caractère nécessairement uniforme du critère de compétence utilisé.

Lorsque des différends surviennent, afin de les résoudre, les juridictions pourront tenir compte :

1. du système de la convention selon lequel :
  - a) chaque juridiction doit obligatoirement vérifier sa propre compétence internationale conformément à la convention ;
  - b) du principe de confiance communautaire selon lequel, une fois que la première juridiction d'un Etat contractant adopte une décision, les autres Etats sont tenus de la reconnaître (cf. points 202 et 220).
2. de la possibilité d'un recours préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes garantissant l'uniformité du contenu du critère de la compétence internationale et son interprétation appropriée en l'espèce ;
3. des principes généraux de procédure valables dans tous les Etats contractants. Parmi ces principes, l'on retrouve ceux qui dérivent d'autres conventions communautaires telle que la convention de Bruxelles de 1968.

80. Procédure locale d'insolvabilité

L'article 3 paragraphe 2 permet d'ouvrir une procédure territoriale dans l'Etat où le débiteur possède un établissement répondant à la définition de l'article 2 point h, dans les conditions décrites ci-après.

Au cas où le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans un Etat contractant, les juridictions des autres Etats contractants ne sont pas compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale.

Toutefois, chacun des Etats contractants sur le territoire duquel le débiteur a un établissement peut ouvrir une procédure territoriale, dont les effets sont limités aux biens situés dans ledit Etat. La simple présence de biens ne suffit pas pour ouvrir une procédure territoriale.

Selon qu'une procédure principale a été ouverte ou non, la procédure est une procédure territoriale secondaire ou une procédure territoriale indépendante.

81. L'article 3 paragraphe 2 ne confère pas compétence pour ouvrir une procédure territoriale aux juridictions d'un Etat sur le territoire duquel le débiteur n'a pas d'établissement. Les biens situés dans cet Etat ne peuvent donc pas être intégrés dans une procédure territoriale, mais reviennent à la procédure principale, si une telle procédure est ouverte.



82. Si le centre des intérêts principaux du débiteur se situe en dehors du territoire des Etats contractants, aucune juridiction d'un Etat contractant n'est compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité relevant du champ d'application de la convention. L'article 3 paragraphes 1 et 2 suppose que le centre des intérêts principaux se trouve dans un Etat contractant.

Si le centre des intérêts principaux ne se trouve pas dans un Etat contractant, la loi nationale détermine la compétence internationale de ses juridictions. Les effets d'une telle procédure ne sont pas réglés par cette convention (cf. point 44).

83. Procédure territoriale secondaire d'insolvabilité

L'article 3 paragraphe 3 précise qu'après l'ouverture d'une procédure principale par la juridiction compétente au sens de l'article 3 paragraphe 1, la procédure ultérieure ouverte, conformément à l'article 3 paragraphe 2, par la juridiction de l'Etat où se situe un établissement est une procédure secondaire, relevant du chapitre III.

En cas de pluralité d'établissements dans différents Etats contractants, plusieurs procédures secondaires peuvent être ouvertes.

La procédure secondaire prévue par l'article 3 paragraphe 3 ne peut pas être une procédure d'assainissement, mais doit être une procédure de liquidation mentionnée à l'annexe B. Cette règle est réaffirmée à l'article 27 (cf. le commentaire de l'article 27 (points 211 et ss.)).

#### 84. Procédure territoriale indépendante d'insolvabilité

L'article 3 paragraphe 4 vise les situations précédant l'ouverture d'une procédure principale. Il est le résultat des efforts visant à concilier deux approches fondamentalement opposées.

Conformément à la philosophie exprimée notamment à l'article 3 paragraphes 1 et 2 et à l'article 27, la juridiction du centre des intérêts principaux du débiteur est seule compétente pour ouvrir une procédure principale. Cette procédure a par nature la prétention d'englober tous les actifs du débiteur, quel que soit l'Etat où se situent les biens.

Ce n'est que par exception à la procédure universelle que des procédures territoriales peuvent être ouvertes avant, afin de satisfaire les créanciers "locaux" sur l'actif situé dans cet Etat. En effet, il est difficile de penser que des créanciers "locaux", qui bénéficient d'un rang favorable dans l'Etat de situation des biens, voudraient transférer tous les biens dans un autre Etat où leur rang serait moins favorable. De même, est-il difficile aux Etats dont la loi ne connaît pas de créanciers ayant un rang privilégié d'accepter le transfert de tous les actifs à l'étranger.

L'autre approche consiste à rechercher la protection des créanciers locaux en permettant le jeu normal des règles nationales d'ouverture de la procédure, même dans un Etat ou ne se situe qu'un établissement et même à tout moment, antérieurement et indépendamment de l'ouverture d'une procédure dans l'Etat où se trouve le centre des intérêts principaux. Cette approche tient compte de l'insolvabilité d'un établissement et de l'intérêt des créanciers à une procédure territoriale ou de l'intérêt général à une procédure territoriale d'assainissement à l'encontre d'un établissement qui a un impact social et économique dans cet Etat, et accorde moins de considération au principe d'universalité de la procédure d'insolvabilité.

85. L'article 3 paragraphe 4 adopte la règle suivante :

Les juridictions d'un Etat contractant, compétentes en vertu de l'article 3 paragraphe 2, ne peuvent ouvrir, avant la procédure principale, une procédure territoriale d'insolvabilité, appelée pour cette raison procédure territoriale indépendante, que dans deux cas :

1. Les conditions d'ouverture de la procédure d'insolvabilité prévues par la loi de l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux ne permettent pas l'ouverture d'une procédure principale.

Tel sera le cas si, par exemple, le débiteur ne peut pas faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, par exemple, lorsque la loi applicable exige la qualité de commerçant que le débiteur n'a pas, ou lorsque le débiteur est une entreprise publique que le droit de l'Etat du centre des intérêts principaux n'autorise pas de déclarer insolvable.

2. Un créancier local ou un créancier de l'établissement local, au sens de l'article 3 paragraphe 4 point b), demande l'ouverture d'une procédure territoriale.

Le créancier protégé auquel ce droit de demander l'ouverture d'une procédure territoriale est accordé est celui qui :

- a) a sa résidence habituelle, son domicile, ou son siège dans l'Etat de situation de l'établissement, ou qui
- b) dispose d'une créance qui a son origine dans l'exploitation de cet établissement (p.ex. un salarié au service de cet établissement ; une personne qui a conclu, via l'établissement, un contrat devant être exécuté dans cet Etat ; les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale).

En dehors de ces deux hypothèses, la juridiction compétente pour ouvrir la procédure territoriale ne peut pas ouvrir une procédure avant l'ouverture de la procédure au centre des intérêts principaux.

86. La procédure territoriale de l'article 3 paragraphe 4 peut être une procédure de liquidation ou une procédure d'assainissement mentionnée à l'annexe A ou à l'annexe B.

En cas d'ouverture ultérieure de la procédure principale, une procédure territoriale indépendante devient une procédure secondaire, conformément aux règles particulières prévues par les articles 36 et 37 de la convention.

En outre, une procédure d'assainissement mentionnée à l'annexe A sera, à la demande du syndic de la procédure principale, convertie en procédure secondaire de liquidation, conformément aux articles 36 et 37 (cf. points 210, 254 à 261). Si le syndic de la procédure principale ne demande pas cette conversion, la procédure territoriale peut continuer en tant que procédure d'assainissement.

#### Article 4

##### Législation applicable

87. La convention, dans les matières visées par celle-ci, établit des règles de conflit de lois uniformes qui remplacent les règles nationales du droit international privé.

Lorsque ces règles de conflit de lois parlent de la "loi applicable", elles font référence au droit interne de l'Etat contractant qu'elles désignent, à l'exception de ses règles de droit international privé.

88. Règle générale de conflit de lois

L'article 4 énonce la règle fondamentale de la convention relative au conflit de lois. Il détermine la loi applicable à la procédure d'insolvabilité, à son déroulement et à ses effets matériels : sauf disposition contraire de la convention, la loi de l'Etat contractant d'ouverture de la procédure est applicable (lex concursus).

89. Cette règle de conflit de lois joue tant pour la procédure principale que pour les procédures locales (secondaires ou territoriales indépendantes).

Pour éviter toute ambiguïté, l'article 28 réaffirme cette règle pour les procédures secondaires. Bien que cet article ne considère que la procédure secondaire, il est clair que l'application de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure constitue la règle générale de conflit de lois de la convention et vaut donc aussi pour les procédures territoriales indépendantes.

90. La loi de l'Etat d'ouverture détermine tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés.

Cette loi régit toutes les conditions de l'ouverture, du déroulement et de la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine, entre autres, les personnes pouvant faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, les conditions à remplir pour ouvrir cette procédure et les personnes habilitées à introduire la requête ; elle précise la nature et la portée du dessaisissement du débiteur ainsi que les biens concernés ; elle régit l'organisation de l'administration du patrimoine, ainsi que la désignation et les pouvoirs du syndic ; elle décide de l'admissibilité des créances et des règles sur la répartition et les privilèges ; elle régit la clôture de la procédure et ses effets, etc.

Les effets substantiels que l'article 4 soumet à la compétence de la loi de l'Etat d'ouverture sont ceux qui se rattachent nécessairement à la loi relative à l'insolvabilité, c'est-à-dire des effets nécessaires pour que la procédure d'insolvabilité remplisse sa finalité. Dans cette mesure, la loi de l'Etat d'ouverture peut écarter (sauf disposition contraire de la convention) la loi normalement applicable à l'acte concerné en vertu des règles communes applicables avant l'insolvabilité au conflit de lois. C'est ce qui se produit par exemple quand l'article 4 énonce que c'est la loi de l'Etat d'ouverture qui s'applique pour annuler un acte (par exemple, un contrat) préjudiciable aux créanciers, même si cet acte est régi, selon les règles générales de conflit de lois (dans le cas d'un contrat, les règles de la convention de Rome de 1980), par la loi d'un autre Etat.

91. Pour faciliter son interprétation, l'article 4 paragraphe 2 contient une liste non-exhaustive des situations soumises à la loi de l'Etat d'ouverture.
- a) si un débiteur déterminé peut être soumis à une procédure d'insolvabilité en vertu de sa condition (par exemple commerçant/non commerçant, entreprise publique, etc.) (point a)). Cette règle est valable autant pour la procédure principale que pour les procédures secondaires, où la règle applicable à la solution apportée peut être différente. Ce point doit être rattaché à l'article 3 paragraphe 4 point a) et à l'article 16 paragraphe 2 (cf. points 85 et 148) ;
  - b) les biens faisant l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure ;

- c) les pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic Ce paragraphe doit être rattaché à l'article 14 (cf. point 141) ;
- d) les conditions d'opposabilité d'une compensation. Ce paragraphe doit être rattaché aux articles 6 et 9 (cf. points 107 à 111 et 120 et ss.) ;
- e) les effets de la procédure sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie (point e)). Dans la mesure où cela est nécessaire, la loi de l'Etat d'ouverture remplace la loi du contrat déterminée conformément à la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ce paragraphe est à rattacher aux articles 8 et 10 (cf. points 116 à 119 ; 125 et suivants) ;
- f) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, leur suspension ou leur interdiction après l'ouverture de la procédure collective d'insolvabilité. Cependant, les effets de la procédure sur les instances en cours sont soumis à la loi de l'Etat contractant où l'instance est en cours en vertu de l'article 15 (cf. point 142) ;
- g) les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (c'est-à-dire des dettes engendrées par l'administration et la gestion des biens qui dans de nombreux systèmes bénéficient d'un paiement préférentiel) ;



- h) les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances. Il faut tenir compte de ce que le chapitre IV de la convention établit une série de règles uniformes à ce sujet. Quant aux créances admissibles, l'article 39 reconnaît "iure conventionis" que des créances des Etats contractants de droit public peuvent être produites dans des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres Etats contractants. Cette règle permet expressément aux autorités fiscales et aux organismes de sécurité sociale de tout Etat contractant de déclarer ses créances dans les procédures d'insolvabilité ouvertes conformément à la convention ;
- i) le rang (privilèges, préférences, etc.) et les règles de distribution du produit de la réalisation des biens. Comme dans toute procédure, principale ou secondaire, la loi interne de l'Etat d'ouverture est applicable, le rang d'une créance peut être différent dans chaque procédure où elle est produite ;
- j) les conditions et les effets de la clôture de la procédure, y compris la clôture par un concordat ou une mesure équivalente ;
- k) les droits des créanciers après la clôture de la procédure, y compris la libération éventuelle ("discharge") du débiteur ;
- l) les frais et les dépens de la procédure ;
- m) la nullité, l'annulation ou l'inopposabilité des actes préjudiciables à tous les créanciers. La loi nationale applicable détermine s'il y a lieu d'agir en nullité ou si la décision d'ouverture de la procédure entraîne automatiquement l'annulation. Dans la mesure où cela est nécessaire, la loi de l'Etat d'ouverture remplace la loi normalement applicable à l'acte en question. Ce paragraphe doit être rattaché à l'article 13 (cf. point 135).

Dans le cas d'une procédure secondaire, les règles locales sur l'annulation d'un acte préjudiciable ne seront applicables que dans la mesure où les biens du débiteur qui sont dans cet Etat (le patrimoine relevant de la procédure secondaire) ont été affectés. Par exemple, l'acte en question (vente, constitution d'un droit réel) suppose l'existence d'un bien qui était situé dans cet Etat au moment considéré.

92. Exception à la règle générale de conflit de lois édictée à l'article 4

L'application par les juridictions de l'Etat d'ouverture de leur propre loi relative à l'insolvabilité et l'extension automatique de ses effets à tous les Etats contractants (cf. articles 16 et 25) peuvent interférer avec les règles en vertu desquelles les transactions sont normalement réalisées dans ces Etats.

Pour protéger la confiance légitime et la sécurité des transactions dans des Etats différents de celui de l'ouverture (car dans cet Etat tous les opérateurs doivent compter sur l'application de sa loi), la convention prévoit une série d'exceptions à la règle générale :

1. dans certains cas, la convention soustrait certains droits portant sur des biens situés à l'étranger aux effets de la procédure d'insolvabilité (par exemple, les articles 5, 6, 7) ;

2. dans d'autres cas, elle soumet certains effets de la procédure d'insolvabilité non à la loi de l'Etat d'ouverture (F1), mais à la loi de l'Etat concerné (cf. articles 8, 9, 10, 11, 14 et 15). Dans ces cas, les effets à donner aux procédures ouvertes dans d'autres Etats contractants sont les mêmes que ceux que la loi de l'Etat concerné (F2) reconnaît à une procédure nationale de nature équivalente (liquidation, concordat ou assainissement).

93. Les exceptions à l'application de la loi de l'Etat d'ouverture (article 4) sont reprises aux articles 5 à 15 de la convention. Sauf aux articles 6 et 14, qui doivent recevoir la même interprétation pour des raisons de cohérence, l'exception est faite en faveur de la loi d'un "Etat contractant".

Ceci ne veut pas dire que, par une interprétation a contrario, la loi de l'Etat d'ouverture s'applique quand l'Etat concerné n'est pas un Etat contractant. Les besoins de protection de la confiance légitime et la sécurité des transactions locales existent également dans les relations avec les Etats non contractants. L'intention du groupe était simplement de régler ces cas dans le sens de la restriction générale de la convention à l'effet intracommunautaire de la procédure d'insolvabilité (cf. point 44). Les Etats membres sont donc libres de décider des règles qu'ils jugent les plus appropriées dans d'autres cas (les mêmes que celles des articles 5 et 15 de la convention ou d'autres).

## Article 5

### Droits réels des tiers

94. Cette disposition exclut des effets de la procédure les droits réels des tiers et des créanciers sur les biens du débiteur qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre Etat contractant.

Si les biens se trouvent dans un Etat non contractant, l'article 5 ne règle pas la question (cf. points 44 et 93).

95. Pour comprendre la mise en oeuvre de l'article 5, il faut tenir compte du fait qu'une procédure principale d'insolvabilité fondée sur l'article 3 paragraphe 1 a une portée universelle. Sauf si une procédure territoriale est ouverte, tous les biens du débiteur restent soumis à la procédure principale, indépendamment de l'Etat où ils sont situés. Il appartient à la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure principale de déterminer quels sont les biens qui font partie de l'actif de la procédure principale et ceux qui en sont exclus (cf. article 4 paragraphe 2 point b)).

Une partie de ces biens peuvent faire l'objet de droits réels de tiers. La convention n'oblige pas à inclure ou à exclure ces biens de l'actif de la procédure principale. La convention oblige seulement à respecter les droits réels des tiers qui peuvent exister sur ces biens, quand lesdits biens se trouvent situés dans un Etat contractant distinct de l'Etat d'ouverture de la procédure.

La constitution, la validité et la portée de ces droits réels sont régies par leur propre loi applicable (en général, la *lex rei sitae* au moment considéré) et ne peuvent pas être affectées par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Cela signifie que, bien que la loi de l'Etat d'ouverture établisse que tous les biens font partie de l'actif, le titulaire du droit réel garde intacts tous ses droits sur les biens en question. Par exemple, il peut (...) exercer le droit de séparer la garantie des biens visés par la procédure et, le cas échéant, de réaliser individuellement le bien pour couvrir sa créance. Par ailleurs, le syndic, même s'il est en possession du bien, ne peut prendre aucune décision concernant ce bien qui puisse affecter le droit réel constitué sur lui, sans le consentement du titulaire (cf. également point 161).

96. L'article 5 n'opère que sur les droits réels nés avant l'ouverture de la procédure. S'ils sont nés après cette ouverture, l'article 4 est applicable sans exception (sans préjudice de l'article 14).
97. L'objectif de base de cette règle est d'assurer la protection du commerce dans l'Etat où les biens sont situés et la sécurité juridique des droits sur ceux-ci. Les droits réels ont une fonction très importante dans le crédit et la mobilisation de la richesse. Ils protègent leurs titulaires face au risque d'insolvabilité du débiteur et à l'innixion de tiers. Ils permettent d'obtenir des crédits à des conditions que l'on ne saurait trouver sans ce type de garanties.

Les droits réels ne peuvent remplir correctement leur fonction que s'ils ne sont pas plus affectés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans d'autres Etats contractants qu'ils ne l'auraient été par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité nationale. Cet objectif pourrait être atteint par des solutions alternatives, qui furent en effet abordées dans le groupe. Cependant, afin de faciliter l'administration du patrimoine, la simplicité de la formule visée à l'actuel article 5 jouissait d'une préférence majoritaire : la procédure d'insolvabilité n'affecte pas les droits réels sur les biens situés dans d'autres Etats contractants.

98. La règle "n'immunise pas" les droits réels face à l'insolvabilité du débiteur. Si la loi de l'Etat où se situent les biens permet d'affecter d'une certaine manière ces droits réels, le syndic (ou tout autre personne qui soit habilitée) peut demander, si le débiteur a un établissement dans cet Etat, l'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité dans cet Etat. La procédure secondaire se déroule conformément au droit local et permet au syndic d'affecter ces droits dans les mêmes conditions que le ferait une procédure purement interne.
99. L'article 5 établit que la procédure n'affectera pas les droits réels sur les biens situés dans d'autres Etats contractants et non que la procédure n'atteindra pas les biens situés dans un autre Etat. Comme la procédure principale est une procédure universelle (ex. article 3 paragraphe 1), elle englobe tous les biens du débiteur.

Ceci est important si la valeur de la sûreté est supérieure à la valeur de la créance garantie par le droit réel. Le créancier sera alors obligé de restituer aux autres créanciers l'excédent éventuel du produit de la vente.

Sans affecter pour autant la valeur économique du droit ni sa mise en oeuvre, il donne également au syndic la faculté d'opter pour effectuer le paiement immédiat de la créance garantie et éviter ainsi la moins-value que certains actifs pourraient subir s'ils étaient réalisés de manière séparée.

100. L'article 5 vise les "droits réels", mais ne définit pas ce qu'est un droit réel. La convention n'entend pas imposer une définition autonome de droit réel, courant le risque de qualifier de droits réels des situations juridiques que la loi de l'Etat où les biens sont situés ne considère pas comme tels, ou de ne pas englober les droits réels qui ne remplissent pas ces conditions.

Reconnaissant que chaque Etat souhaite protéger son marché commercial, la convention consacre le respect des droits réels acquis sur les biens du débiteur situés dans ce pays selon la loi applicable avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

C'est pourquoi la qualification d'un droit comme droit réel doit découler de la loi nationale qui, selon les règles normales de conflit de lois applicables avant l'insolvabilité, régit les droits réels (généralement, la *lex rei sitae* à la date considérée). Dans ce sens, la convention adopte une qualification "*lege causae*".

101. La seule dérogation à ce qui précède se trouve à l'article 5 paragraphe 3 qui, aux fins de l'article 5, considère comme un droit réel, directement et de façon autonome de la loi nationale, le droit inscrit dans un registre public et opposable à des tiers, permettant d'obtenir un droit réel.

102. Toutefois, l'article 5 entend imposer certaines limites à la qualification nationale d'un droit réel. Il faut tenir compte de ce que l'article 5 constitue une exception importante à l'application de la loi de l'Etat d'ouverture et à la portée universelle de la procédure principale. Il faut également considérer qu'une procédure secondaire n'est possible que s'il existe un établissement du débiteur dans cet Etat contractant. La simple présence de biens ne suffit pas pour ouvrir une telle procédure.

Une interprétation trop ample du concept national de droit réel, qui assimilerait, par exemple, des droits simplement assortis de la faculté de réclamer un paiement préférentiel, comme c'est le cas pour un certain nombre de privilèges, viderait la règle conventionnelle de son contenu et une telle interprétation ample ne doit pas être donnée à l'article 5.

103. Pour faciliter l'application de la convention et éviter des doutes, l'article 5 paragraphe 2 donne une liste des droits qui sont en principe considérés comme étant des droits réels par les lois nationales.

Cette liste s'inspire de deux considérations essentielles. La première est qu'un droit qui ne naît qu'après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et non avant, n'est pas un droit réel aux fins de l'article 5 (qui protège les droits préexistants).

La seconde est qu'un droit réel est caractérisé fondamentalement par deux critères (cf. également le concept de droit réel dans les Etats membres, au point 166 du rapport Schlosser sur la convention de Bruxelles de 1968) :

- a) sa relation directe et immédiate avec le bien qui en est l'objet, lequel demeure affecté à sa satisfaction, sans dépendre de l'appartenance du bien au patrimoine d'une personne ni de la relation du titulaire du droit avec une autre personne ;



b) le caractère absolu de l'attribution du droit au titulaire, qui signifie que le titulaire peut opposer son droit réel à quiconque le méconnaît ou lui porte préjudice sans son accord (ce droit est caractérisé par l'existence d'une action en revendication) ; que le droit peut résister à l'aliénation du bien à un tiers (il est opposable erga omnes, avec les limites propres à la protection de l'acquéreur de bonne foi) ; que le droit peut ainsi résister aux mesures d'exécution individuelles de tiers et à celles prises dans les procédures collectives d'insolvabilité (par sa séparation ou par la satisfaction individualisée du droit).

104. Un droit réel peut se constituer non seulement sur des biens déterminés, mais également sur l'ensemble du patrimoine. Des sûretés comme les "floating charges" reconnues par le droit du Royaume-Uni et de l'Irlande peuvent dès lors être considérées comme des droits réels aux fins de la convention. Il en va de même des droits que la loi nationale qualifie de droits réels sur des biens incorporels ou sur des droits (cf. article 5 paragraphe 1).

105. Cette disposition est fondée sur une localisation non frauduleuse des biens.

106. Un acte préjudiciable pour tous les créanciers peut consister en la constitution d'un droit réel en faveur d'un créancier ou d'un tiers déterminés. Dans ce cas, les règles générales de la convention sur les actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité d'actes juridiques sont applicables (cf. article 4 paragraphe 2 point m) et article 13).

## Article 6

### Compensation

107. Cet article donne à la compensation un traitement analogue à celui que prévoit l'article 5 pour les droits réels. Lorsque, en vertu des règles de conflit de lois normalement applicables, le droit à la compensation découle d'une loi nationale différente de la lex concursus, l'article 6 permet au créancier de conserver cette faculté en tant que droit acquis face à la procédure d'insolvabilité ; ce droit n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure.
108. La compensation étant une institution propre au droit des obligations, elle est régie par la loi applicable aux obligations déterminée par les règles de droit international privé. Quand il s'agit de prendre en considération deux créances qui se compensent l'une l'autre, la question se pose de savoir si le droit de compenser dérive :
- a) de l'application cumulative de lois applicables aux deux créances, ou
  - b) de la loi applicable à la créance du débiteur (créance "passive" dans la compensation) contre laquelle le créancier prétend compenser sa propre créance à l'égard du débiteur (créance "active" dans la compensation).

La convention opte pour cette deuxième interprétation quand elle fait dériver le droit de compenser de "la loi applicable à la créance du débiteur insolvable", c'est-à-dire de la loi applicable à la créance dont le débiteur insolvable est le titulaire à l'égard de l'autre partie.

109. Les lois de certains Etats membres limitent ou interdisent la compensation des créances en cas d'insolvabilité. L'article 4 soumet cette compensation à l'application de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Si une procédure d'insolvabilité est ouverte, il revient dès lors à la lex concursus de déterminer l'admissibilité et les conditions auxquelles une compensation peut s'exercer à l'égard d'une créance du débiteur.

Si la lex concursus admet la compensation, aucun problème ne se posera et l'article 4 sera normalement appliqué afin de faire valoir la compensation telle qu'elle est prévue par la loi. En revanche, si la lex concursus n'admet pas la compensation (c'est-à-dire si elle exige que les deux créances soient certaines, liquides et exigibles avant une certaine date), alors l'article 6 constitue une exception à l'applicabilité générale de cette loi à cet égard en permettant la compensation dans les conditions prévues pour la compensation en cas d'insolvabilité par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable (créance "passive"). De cette manière, la compensation devient au fond une sorte de garantie, régie par une loi dont le créancier concerné peut se prévaloir au moment de la naissance de la créance.

110. L'article 6 n'opère que sur le droit de compenser à l'égard de créances réciproques nées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Si elles sont nées après cette ouverture, l'article 4 s'applique sans exception pour décider si la compensation est admissible ou non.

La compensation conventionnelle suppose un accord soumis à la loi du contrat applicable conformément à la convention de Rome de 1980. La raison d'être de l'article 5 justifie également qu'en cas d'accord portant sur la compensation conventionnelle de diverses créances entre deux parties, la loi de l'Etat contractant applicable à cet accord régira la compensation de créances visées par l'accord et nées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

111. Comme dans le cas de l'article 5, tout acte préjudiciable à tous les créanciers peut être remis en cause par le recours aux actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité prévues à l'article 4 paragraphe 2 point m).

## Article 7

### Réserve de propriété

112. Comme l'article 5, cette disposition vise à la protection du commerce en excluant de la portée d'une procédure d'insolvabilité les droits fondés sur une clause de réserve de propriété sur des biens qui, au moment de l'ouverture de la procédure, se trouvaient dans un Etat différent de celui d'ouverture.

Les considérations formulées pour l'article 5 s'appliquent mutatis mutandis ici. La plus grande différence entre l'article 5 et l'article 7 concerne le paragraphe 2 de ce dernier qui contient une vraie règle matérielle uniforme.

113. Le premier paragraphe règle le cas d'insolvabilité de l'acheteur d'un bien en permettant au vendeur de conserver ses droits fondés sur la réserve de propriété. Pour cela, il est nécessaire que le bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sur le territoire d'un autre Etat contractant que l'Etat d'ouverture. Le fait que sa situation varie après l'ouverture de la procédure ne modifie pas l'application de la disposition.

114. Le deuxième paragraphe règle le cas d'insolvabilité du vendeur d'un bien après la livraison du bien en permettant que la vente continue à produire ses effets. L'acheteur poursuivra ses paiements et deviendra propriétaire de l'objet vendu à la fin du délai fixé dans le contrat. Pour l'application de cette règle, il est également exigé qu'au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité le bien soit situé sur le territoire d'un autre Etat que l'Etat d'ouverture.
115. Bien entendu, face à ces réserves de propriété, les actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité prévues à l'article 4 paragraphe 2 point m) peuvent aussi être exercées.

#### Article 8

##### Contrat portant sur un bien immobilier

116. La loi relative à l'insolvabilité peut avoir une influence sur le régime des contrats en cours. Ainsi, par exemple, dans le cas d'obligations réciproques en attente d'exécution, le syndic peut être habilité à opter pour l'exécution ou la résiliation du contrat. De telles règles ont pour but d'éviter à l'ensemble des créanciers l'obligation d'exécuter des contrats pouvant apparaître comme désavantageux dans ces nouvelles circonstances.

117. La règle générale de conflit de lois est que la loi de l'Etat contractant d'ouverture de la procédure règle les effets de la procédure sur les contrats en vigueur auxquels le débiteur est partie (article 4 paragraphe 2 point e)).

Dans cette mesure, la loi nationale applicable relative à l'insolvabilité interfère avec les règles applicables au contrat, qui dérivent de la loi applicable déterminée par la convention de Rome de 1980, et s'y superpose.

118. Cette règle, qui favorise globalement les intérêts généraux des créanciers, peut être contraire à d'autres intérêts. Dans tous les Etats contractants, les contrats portant sur des biens immobiliers sont soumis à des règles spéciales, tant de conflit de lois que de compétence internationale, afin de tenir compte de plusieurs intérêts : ceux des parties au contrat (par exemple des locataires) et les intérêts généraux protégés par l'Etat où les biens immobiliers se situent.

La protection de ces intérêts spécifiques justifie qu'il soit apporté une exception à l'application de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure. C'est pourquoi l'article 8 soumet les effets de la procédure d'insolvabilité exclusivement à la loi de l'Etat contractant où se situe le bien immobilier.

Exclusivement signifie que seule la loi de l'Etat contractant où le bien immobilier est situé (y compris son droit de l'insolvabilité), et non la lex concursus visée à l'article 4, est applicable pour déterminer ces effets.

119. L'article 8 concerne non seulement des contrats relatifs à l'usage d'un immeuble (location, crédit-bail), mais aussi des contrats qui ont pour objet la transmission du bien immobilier (vente).

#### Article 9

##### Systemes de paiement et marchés financiers

120. L'article 9 vise à faire produire à une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat contractant les mêmes effets éventuels sur des transactions relevant d'un système de paiement ou de règlement ou d'un marché financier que dans le cadre d'une procédure ouverte selon la loi nationale. En soumettant les effets de l'insolvabilité exclusivement à la loi applicable au système de paiement et au marché financier, on sauvegarde la confiance générale dans ces mécanismes.

L'objectif de cette disposition est d'éviter toute modification des mécanismes de règlement et de liquidation des transactions prévus dans des systèmes de paiement ou de règlement ou sur les marchés financiers organisés opérant dans les Etats contractants, en cas d'insolvabilité d'une des parties à une transaction, ce qui, sans cela, se produirait du fait de l'application de la lex concursus. Les mécanismes visés comprennent les contrats d'accélération (clauses de compensation avec exigibilité anticipée ; "close-out") et le "netting" (compensation ou novation) et, dans la mesure où le bien grevé d'une sûreté est situé dans cet Etat contractant, la réalisation de cette sûreté.

Les systèmes de paiement et les marchés mettent en cause des transactions massives, et on a estimé qu'ils nécessitent pour cette raison des règles spéciales garantissant leur fluidité et leur sécurité. C'est pour cela que la loi du système particulier ou du marché concerné reste applicable.

On entend par "marché financier" (la convention n'en donne pas de définition) un marché situé dans un Etat contractant, où sont négociés des instruments financiers, d'autres avoirs financiers ou des contrats à terme sur marchandises et des droits d'option. Il se caractérise par des transactions régulières et ses conditions de fonctionnement et d'accès sont réglementées par la loi de l'Etat contractant concerné, ce qui inclut, le cas échéant, un contrôle approprié exercé par les autorités chargées de la réglementation dans cet Etat contractant.

121. Il découle de l'article 9 que seule la loi du système ou du marché en question peut être appliquée aux transactions en cause affectées par l'insolvabilité, et non la lex concursus comme le prévoit l'article 4. Ainsi, on évite les problèmes complexes des conflits potentiels entre les deux lois et on préserve la sécurité des transactions.
122. Pour la même raison, l'éventuelle nullité, annulation ou inopposabilité d'un paiement ou d'une transaction effectué dans ce système ou marché et qui risque d'être préjudiciable à tous les créanciers reste soumis à la même solution : la loi applicable au système de paiement ou au marché financier régit ces actions.
123. Pour déterminer la loi applicable aux systèmes européens de paiement, il faut tenir compte des travaux communautaires en cours sur ces systèmes.
124. La référence à l'article 5 signifie que la protection des droits réels de tout créancier ou tiers sur des biens appartenant au débiteur se fait toujours de la même façon dans le cadre de la convention : par référence au lieu où les biens sont situés, indépendamment du créancier ou de l'institution en faveur de laquelle la garantie est donnée. Les droits réels concernent des tiers et l'uniformité dans leur traitement est fondamentale pour protéger le commerce.



## Article 10

### Contrat de travail

125. L'article 10 déroge à l'application générale de la loi de l'Etat d'ouverture (article 4) et soumet les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat de travail et sur le rapport de travail à la loi de l'Etat contractant applicable au contrat de travail, y compris à sa loi relative à l'insolvabilité.

Cet article vise à protéger les employés et les relations de travail de l'application d'un droit étranger, différent de celui qui régit les relations contractuelles entre employeur et employés. C'est pourquoi les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et obligations de chaque partie découlant de ces relations doivent être déterminés par la loi applicable au contrat en vertu des règles générales de conflit de lois.

126. La convention de Rome de 1980 déterminera la loi applicable aux contrats de travail (cf. en particulier ses articles 6 et 7).

127. Le terme "exclusivement" souligne le fait que seule la loi du contrat de travail est appliquée pour fixer ces effets et non la lex concursus visée à l'article 4. Ainsi, on évite tout problème de conflit éventuel entre ces deux lois.

128. Les questions d'insolvabilité autres que l'incidence de l'ouverture d'une procédure sur le contrat de travail et sur les relations de travail restent soumises à la règle générale de l'application de la loi de l'Etat d'ouverture (article 4). Tel est le cas, par exemple, de la question de savoir si les créances des travailleurs nées de leur emploi sont ou non garanties par un privilège, du montant réglementaire protégé, du rang éventuel d'un privilège, etc. Comme la production, la vérification et l'admission des créances, toutes ces questions sont soumises à la loi de l'Etat d'ouverture (article 4 paragraphe 2 point h)).

La garantie de paiement des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, assurée par une institution nationale en vertu d'un régime de garantie du paiement des salaires en cas d'insolvabilité régie par la loi nationale d'un Etat contractant, est soumise à la loi de cet Etat.

#### Article 11

##### Effets sur les droits soumis à enregistrement

129. L'application de la loi de l'Etat d'ouverture (F1) pour déterminer aussi les effets de la procédure d'insolvabilité sur les biens du débiteur situés dans un autre Etat contractant peut provoquer un conflit avec les systèmes d'enregistrement nationaux, lorsque cette loi prévoit des effets ou des conséquences différentes ou inconnues du système de l'Etat d'enregistrement (par exemple, un privilège légal reconnu à l'ensemble des créanciers ("masse") sur les biens du débiteur).

130. La convention n'essaie de modifier les systèmes ni d'enregistrement, ni des droits réels des Etats contractants. Les systèmes d'enregistrement des biens jouent un rôle considérable dans la protection du commerce et pour la sécurité juridique. Il faudrait maintenir, dans les mêmes conditions, la confiance générale dont jouissent son contenu et ses effets, que la procédure d'insolvabilité soit ouverte dans l'Etat d'enregistrement ou dans un autre Etat contractant.

Pour préserver ces systèmes, l'article 11 instaure une exception à la règle de l'application de la loi de l'Etat d'ouverture. Cette exception a toutefois une portée plus limitée que les exceptions prévues par les articles 8, 9 et 10 de la convention. Contrairement à ces dispositions, l'article 11 ne soumet pas les effets d'une procédure d'insolvabilité "exclusivement" à la loi de l'Etat contractant sous l'autorité duquel le registre est tenu. Cela signifie que la règle générale de l'application de la loi de l'Etat d'ouverture prévue par l'article 4 n'est pas écartée. Par conséquent, une application cumulative des deux lois est nécessaire.

En vertu de l'article 11, la loi de l'Etat contractant d'enregistrement détermine donc les modifications, requises par la loi de l'Etat d'ouverture, qui peuvent découler de la procédure d'insolvabilité et affecter les droits du débiteur sur les biens immobiliers, les navires et les aéronefs soumis à l'enregistrement, les inscriptions requises dans le registre et leurs conséquences. Par conséquent, la loi de l'Etat contractant d'enregistrement détermine quels effets de la procédure d'insolvabilité sont admissibles et affectent les droits du débiteur soumis à enregistrement dans cet Etat.

Cependant, cette règle n'est pas exempte d'inconvénients. Si elle facilite l'accès aux différents registres nationaux, elle implique que pour chaque Etat contractant les effets peuvent être différents. L'administration de la procédure d'insolvabilité par le syndic devient plus complexe bien que celle-ci gagne en certitude. Compte tenu de ce qui précède, la convention limite cette règle aux registres sur les biens immobiliers, navires et aéronefs.

131. L'article 11 ne se réfère pas aux biens, mais aux droits soumis à enregistrement, dans des registres publics, l'objectif étant de déterminer qui est le titulaire ou quels sont les droits réels sur les biens. Il traite également des systèmes d'enregistrement d'actes qui portent sur des biens immobiliers et établissent des priorités, tel que le Registry of Deeds existant en Irlande.

L'article 11 traite uniquement des effets sur les droits du débiteur sur les biens immobiliers, navires et aéronefs. Pour les droits réels, enregistrés ou non, de créanciers ou de tiers acquis avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, cf. article 5.

132. Pour le concept de registre public, cf. commentaire de l'article 2.

## Article 12

### Brevets et marques communautaires

133. Tant l'accord en matière de brevets communautaires (Accord de Luxembourg de 1989) que le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire et le règlement (CE) n° 2100/94, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales créent des droits qui sont reconnus sur tout le territoire de la Communauté.

La présente convention ouvre la possibilité d'une procédure d'insolvabilité de portée universelle (et donc englobant entièrement le territoire de la Communauté) lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans un Etat contractant.

Cependant, tant la Convention sur le brevet communautaire faisant partie de l'accord de Luxembourg de 1989 (article 41) que le règlement sur la marque communautaire de 1993 (article 21) et le règlement instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, de 1994 (article 25) contiennent une règle selon laquelle un droit communautaire qui en découle ne peut être inclus que dans la première procédure (indépendamment du fait qu'elle soit principale ou locale) ouverte dans un Etat contractant. Cette règle était logique dans la mesure où une réglementation commune sur les procédures d'insolvabilité internationale faisait défaut. Avec cette convention, il est logique d'attribuer de tels droits relevant du domaine communautaire à la procédure principale. L'article 12 de la convention a pour but de modifier la règle établie par la convention sur le brevet communautaire, le règlement sur la marque communautaire et le règlement instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales et de la remplacer par l'article 12.

134. L'article 12 n'est applicable que lorsque le débiteur a le centre de ses intérêts principaux dans un Etat contractant, ainsi que cela ressort de l'article 3 paragraphe 1. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire quand ce centre est situé en dehors de la Communauté, les dispositions de la Convention sur le brevet communautaire (article 41), du règlement sur la marque communautaire (article 21) et du règlement instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales (article 25) sont applicables.

### Article 13

#### Actes préjudiciables

135. Cette disposition doit être mise en rapport avec l'article 4 paragraphe 2 point m). La règle de base de la convention est que la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité régit, selon l'article 4, l'éventuelle nullité, annulation et inopposabilité d'actes préjudiciables aux intérêts de l'ensemble des créanciers. Cette même loi décide des conditions à remplir, de la manière d'opérer de la nullité ou de l'annulation (de plein droit en attribuant les effets rétroactifs à la procédure ou en vertu de l'action engagée par le syndic, etc.), et des conséquences juridiques de la nullité et de l'annulation.

136. L'article 13 représente une défense face à l'application de la loi de l'Etat d'ouverture, défense qui doit être invoquée par l'intéressé.

Il agit comme "veto" opposé à l'invalidation de l'acte résultant de la loi de l'Etat d'ouverture. Ce mécanisme est d'une application plus facile que d'autres solutions possibles, fondées sur un cumul des deux lois. Il est clair maintenant que toutes les conditions, le contenu et les conséquences de l'annulation sont empruntés à la loi de l'Etat d'ouverture. L'article 13 de la convention et la loi régissant l'acte concerné n'ont d'autre but que d'écarter l'application de cette loi dans un cas bien déterminé.

137. Dans ce sens, l'article 13 dispose que les règles de la loi de l'Etat d'ouverture ne seront pas applicables lorsque celui qui a bénéficié de l'acte attaqué apporte la preuve que :

- 1) l'acte en question (par exemple, un contrat) est soumis à la loi d'un autre Etat contractant que l'Etat d'ouverture ;
- 2) le droit de cet autre Etat ne permet par aucun moyen d'attaquer cet acte. Par l'expression "par aucun moyen", on entend que l'acte ne doit pas être susceptible d'être attaqué ni conformément aux règles en matière d'insolvabilité, ni conformément aux règles générales du droit national applicable à l'acte (par exemple au contrat visé au sous-point 1).

"En l'espèce" doit être compris dans le sens que l'acte ne doit pas être susceptible d'être attaqué concrètement, c'est-à-dire compte tenu de tous les éléments concrets de l'affaire. Il ne suffit pas de déterminer s'il peut être attaqué dans l'abstrait.

138. Le but de l'article 13 est de préserver les attentes justifiées de créanciers ou de tiers sur la validité de l'acte, conformément au droit national normalement applicable, face aux interférences d'une lex concursus différente.

Du point de vue de la protection de la confiance légitime, l'application de l'article 13 est justifiée à l'égard des actes réalisés avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et menacés, soit par l'effet rétroactif de la procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre pays, soit par les actions visant à annuler des actes antérieurs du débiteur engagées par le syndic dans le cadre de cette procédure.

Après l'ouverture de la procédure dans un Etat contractant, la confiance du créancier dans la validité de la transaction effectuée selon la loi nationale applicable à des situations ne relevant pas de l'insolvabilité ne se justifie plus. Dès lors, toutes les aliénations non autorisées auxquelles procède le débiteur sont en principe sans effet puisqu'il est privé de son pouvoir d'aliéner les biens et cette situation est reconnue dans tous les Etats contractants. L'article 13 ne protège pas contre cet effet de la procédure d'insolvabilité et ne s'applique pas aux aliénations ayant lieu après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

139. Cette règle concerne tant la procédure principale que la procédure secondaire (dans chaque cas, en ce qui concerne la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure respective).

## Article 14

### Protection du tiers acquéreur

140. Cette disposition était fondée initialement sur le désir de protéger la confiance des tiers dans le contenu des registres de propriété lorsque le débiteur dispose à titre onéreux, après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, d'un bien dépendant de cette procédure et que l'ouverture de la procédure ou les restrictions imposées au débiteur n'ont pas encore été inscrites ou mentionnées dans le registre en question. La rédaction finale de cet article va plus loin et couvre tous les actes de disposition portant sur des biens immobiliers intervenus après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Pour bénéficier de la protection de l'article 14, il faut que le débiteur dispose du bien à titre onéreux (et non à titre gratuit).

141. En principe, les actes de disposition du débiteur après l'ouverture de la procédure seront sans effet, conformément à la loi de l'Etat d'ouverture (car cette loi prive le débiteur de ses pouvoirs de disposition).

Cependant, afin de protéger le commerce et la confiance dans les systèmes de publicité des droits réels, la protection des tiers de bonne foi ne devrait pas différer dans le cadre d'une procédure dans un autre Etat contractant et d'une procédure nationale.

Si la procédure ouverte dans un autre Etat contractant n'est pas inscrite au registre local, le seul moyen de protéger de manière adéquate la confiance dans le système de publicité des droits réels sur les biens consiste à soumettre les effets de cette disposition à la loi de l'Etat contractant sous l'autorité duquel le registre est tenu ou, dans le cas de biens immobiliers, à la loi de l'Etat contractant où se situe l'immeuble.



Un bien immobilier, un navire ou un aéronef soumis à inscription dans un registre public ou des valeurs mobilières dont l'existence suppose une inscription dans un registre public constituent un bien au sens de cet article.

Par acte de disposition, il faut comprendre non seulement le transfert de propriété mais aussi la constitution d'un droit réel sur de tels biens.

#### Article 15

##### Effets de la procédure d'insolvabilité sur les instances en cours

142. La convention fait la distinction entre les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles d'exécution et ses effets sur les instances en cours.

Les effets sur les procédures et mesures d'exécution forcée individuelles sont régis par la loi de l'Etat d'ouverture (cf. article 4 paragraphe 2 point f). Ainsi, la procédure collective d'insolvabilité peut suspendre les procédures d'exécution forcée individuelles intentées par les créanciers contre les biens du débiteur ou les empêcher.

Les effets des procédures d'insolvabilité sur d'autres procédures en cours relatives au patrimoine du débiteur sont régis, en revanche, (en vertu de l'article 15), par la loi de l'Etat contractant où cette procédure est en cours. Les règles de procédure de cet Etat déterminent s'il y a lieu de suspendre la procédure, comment la poursuivre et s'il faut y apporter des modifications formelles afin de tenir compte de la perte ou de la limitation du pouvoir de disposition et d'administration du débiteur et de l'intervention du syndic à sa place.

C. Chapitre II : Reconnaissance de la procédure d'insolvabilité

Article 16

Principe

143. Reconnaître une décision étrangère consiste à accepter qu'elle ait, sur le territoire de l'Etat qui la reconnaît, la même force que dans l'Etat où elle a été rendue.

La convention prévoit la reconnaissance immédiate des décisions relatives à l'ouverture, au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité qui relève de son champ d'application, ainsi que des décisions qui ont un lien direct avec cette procédure d'insolvabilité.

La reconnaissance est automatique dans le mécanisme prévu par la convention. Elle ne nécessite aucune décision préalable d'une juridiction de l'Etat requis.

144. L'article 16 énonce le principe général de la reconnaissance, sur le territoire des Etats contractants (c'est-à-dire dans la Communauté), de toute décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité prise par les autorités d'un Etat contractant compétentes en vertu de l'article 3 de la convention.

145. Seules les procédures d'insolvabilité relevant du champ d'application de la convention bénéficient du mécanisme de reconnaissance prévu par cette dernière. Pour relever du champ d'application de la convention, les procédures doivent figurer dans les annexes de la convention.

Les procédures qui ne figurent pas dans ces annexes ne jouissent pas de la reconnaissance au titre de la convention et n'empêchent pas la reconnaissance d'une procédure prévue dans la convention, même si elle a été ouverte auparavant.

146. Le principe général de reconnaissance vaut pour toutes les procédures ouvertes dans un Etat contractant en vertu de l'article 3, c'est-à-dire tant pour les procédures principales que pour les procédures territoriales (secondaires ou indépendantes). Naturellement, dans le second cas, la reconnaissance est limitée aux effets territoriaux de la procédure.
147. Pour qu'une décision d'ouverture jouisse de la reconnaissance, elle ne doit pas nécessairement être rendue en dernier ressort (c'est-à-dire ne pas être susceptible d'un recours ordinaire) ; qu'elle soit définitive ou provisoire, cette décision produit ses effets sur tout le territoire couvert par la convention aussi longtemps qu'elle produit ses effets dans l'Etat d'ouverture.

La convention est fondée sur le principe de la confiance communautaire et sur la "favor recognitionis", de sorte que les frontières nationales ne font pas obstacle à une administration efficace des procédures d'insolvabilité internationales dans toute la Communauté.

148. La convention oblige à reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat contractant même dans les cas où le débiteur n'est pas susceptible de faire l'objet d'une telle mesure dans l'Etat requis du fait de sa qualité professionnelle ou de sa nature publique ou privée, comme c'est le cas dans certains pays pour les non-commerçants.

Une procédure d'insolvabilité principale peut être ouverte dans un Etat (F1) conformément à la loi nationale de celui-ci bien que, dans un autre Etat contractant (F2), le débiteur ne puisse pas faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de son statut professionnel (il n'est pas commerçant, par exemple). Dans ce cas, le second Etat (F2) est obligé de reconnaître et, le cas échéant, d'exécuter la décision étrangère. L'Etat requis (F2) ne peut invoquer ici l'ordre public sur son territoire (en vertu de l'article 26) pour s'opposer à la reconnaissance.

Etant donné que la procédure principale ne peut être ouverte que si le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans l'Etat d'ouverture, il semble logique que, si la loi de cet Etat permet d'intenter une procédure d'insolvabilité collective contre ce débiteur, cette décision soit respectée par les autres Etats membres dont la relation avec le débiteur se limite à l'existence d'un établissement ou de biens.

Toutefois, ces autres Etats (F2) ne seront pas obligés d'ouvrir une procédure locale secondaire contre le débiteur, puisque les conditions prévues par leurs lois relatives à l'insolvabilité, applicables en vertu de l'article 28, ne sont pas remplies.

L'hypothèse contraire, c'est-à-dire l'impossibilité d'ouvrir une procédure principale parce que la loi de l'Etat contractant compétent en vertu de l'article 3 paragraphe 1 ne le permet pas, ne pose aucun problème. La convention reconnaît expressément la possibilité d'ouvrir une procédure territoriale. Si la loi d'un Etat, applicable en vertu de l'article 3 paragraphe 2, permet d'intenter une procédure d'insolvabilité contre ce type de débiteur, il sera possible d'ouvrir une procédure territoriale indépendante (cf. article 3 paragraphe 4).

Naturellement, la procédure territoriale ne produit des effets que dans l'Etat d'ouverture et ne les étend pas au territoire d'autres Etats (cf. point 156) ; elle n'affecte donc pas la situation du débiteur dans les autres Etats contractants. Seule la procédure principale a cet effet (cf. point 195).

149. Les rapports entre la reconnaissance d'une procédure principale au sens de l'article 3 paragraphe 1 et la possibilité d'ouvrir une procédure territoriale au sens de l'article 3 paragraphe 2 font l'objet de l'article 16 paragraphe 2. La reconnaissance d'une procédure principale n'empêche pas l'ouverture ultérieure d'une procédure territoriale secondaire (cf. point 212).

#### Article 17

##### Effets de la reconnaissance

150. L'article 16 ayant établi le principe général de la reconnaissance de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'article 17 fait une distinction entre la reconnaissance de la procédure principale et la reconnaissance d'une procédure territoriale.

151. Reconnaissance de la procédure principale

L'universalité de la procédure principale ouverte conformément à l'article 3 paragraphe 1, qui concerne tous les biens du débiteur et tous ses créanciers, présuppose la reconnaissance de cette procédure, et de ses effets, par les Etats où se situent ces biens ou ces créanciers. La convention garantit cette universalité par la mise en place d'un système de reconnaissance automatique obligatoire pour tous les Etats contractants. Elle renforce cette universalité en prévoyant que la reconnaissance entraîne "l'extension" à tous les autres Etats contractants des effets attribués à cette procédure par la loi de l'Etat d'ouverture.

152. Par "reconnaissance automatique", on entend une reconnaissance qui intervient immédiatement en vertu de la convention (reconnaissance ipso iure), sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure préalable pour la rendre effective. Etant donné que la reconnaissance ne fait pas l'objet d'une procédure préalable, chaque autorité de l'Etat requis qui peut être mise en présence de la décision d'ouverture contrôle accessoirement s'il s'agit d'une décision au sens de la convention et s'il existe ou non une cause de rejet prévue par l'article 26.

153. L'article 17 établit un modèle de reconnaissance fondé sur l'extension des effets de la décision dans un Etat contractant à tout le territoire couvert par la convention. La procédure ouverte dans un autre Etat contractant n'est pas, quant à ses effets, assimilée à une procédure nationale, mais est reconnue dans les autres Etats contractants avec les mêmes effets que ceux que lui attribue la loi de l'Etat d'ouverture (= "modèle d'extension").

C'est la loi de l'Etat d'ouverture (et non la loi de l'Etat requis) qui s'applique pour déterminer ces effets. Cela vaut pour tous les effets de la procédure dans un autre Etat contractant, tant les effets de procédure que les effets matériels (cf. point 90). Les effets matériels sont inclus en vertu de l'application générale que la convention attribue à la loi de l'Etat d'ouverture (cf. article 4) et ils sont donc soumis aux mêmes exceptions que celles que la convention prévoit pour cette loi (cf. articles 5 et suivants).

154. Le système de reconnaissance automatique et le modèle d'extension des effets renforcent l'universalité de la procédure principale. A partir du moment fixé par le droit de l'Etat d'ouverture, la décision d'ouverture produit ses effets avec la même force dans tous les Etats contractants. Le dessaisissement du débiteur, la désignation du syndic, l'interdiction des mesures exécutoires individuelles, l'incorporation dans l'actif de la procédure de tous les biens du débiteur indépendamment de l'Etat où il sont situés, l'obligation de restituer de ce qui a été acquis par des créanciers individuels après l'ouverture, etc., sont des effets prévus par la loi de l'Etat d'ouverture et qui se produisent simultanément dans tous les Etats contractants.

155. La reconnaissance d'une procédure principale fondée sur l'article 3 paragraphe 1 est limitée par l'ouverture d'une procédure territoriale conformément à l'article 3 paragraphe 2.

En ce qui concerne les biens et les situations juridiques qui relèvent de la procédure territoriale ouverte, la procédure principale ne peut produire ses effets. La procédure territoriale sert à la protection d'intérêts locaux et, pour ce faire, la loi nationale s'applique. La procédure principale peut en revanche influencer le déroulement de la procédure territoriale, grâce aux règles de coordination et de subordination qui découlent de la convention et auxquelles la procédure territoriale est soumise.

156. Reconnaissance d'une procédure territoriale

Une procédure territoriale ne peut concerner que des biens situés dans l'Etat d'ouverture. Une reconnaissance ne peut dès lors entraîner l'extension des effets de cette procédure à des biens situés dans d'autres Etats contractants. Reconnaître une procédure territoriale signifie tenir pour valides l'ouverture de la procédure locale et les effets qu'elle produit sur les biens situés sur le territoire de l'Etat d'ouverture, cette validité ne pouvant être contestée dans d'autres Etats contractants.

Tel est le cas, par exemple, lorsque le syndic de cette procédure doit réclamer la restitution des biens relevant de la procédure secondaire mais qui auraient été déplacés à l'étranger sans autorisation après l'ouverture de la procédure.

En outre, l'ouverture de la procédure territoriale limite les effets extra-territoriaux de la procédure principale, qui ne peut plus comprendre les biens situés dans l'Etat où cette procédure territoriale a été ouverte, sauf pour ce qui concerne le surplus d'actif de la procédure secondaire visé à l'article 35. La procédure principale doit respecter cette limitation.

157. L'article 17 paragraphe 2 seconde phrase prévoit le cas où une procédure territoriale, secondaire ou indépendante, débouche sur un sursis de paiement voire une remise de la dette résiduelle.



Il apparaît clairement que, dans le cas d'une procédure ouverte en vertu de l'article 3 paragraphe 2, cette limitation des droits des créanciers ne peut concerner que le patrimoine du débiteur situé dans l'Etat d'ouverture de la procédure territoriale. Les créanciers concernés peuvent donc, sans aucune limitation, chercher à obtenir le recouvrement intégral de leurs créances sur les biens situés dans d'autres Etats contractants. Naturellement, rien n'empêche que ces créanciers consentent volontairement à une limitation plus étendue de leurs droits, qui produit alors également ses effets sur les biens situés en dehors de l'Etat d'ouverture de la procédure territoriale. Cette limitation supplémentaire ne peut cependant être opposée qu'aux créanciers qui l'ont acceptée individuellement et non par le jeu des majorités. Ce principe est à rattacher à l'article 34 paragraphe 2.

#### Article 18

##### Pouvoirs du syndic

158. L'effet principal de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un Etat contractant est la reconnaissance de la nomination du syndic et de ses pouvoirs dans tous les autres Etats contractants. Le terme "syndic" doit être compris au sens large de la définition de l'article 2 de la convention.
159. En vertu de cette reconnaissance, le syndic nommé dans le cadre de la procédure dans un Etat contractant peut exercer sur le territoire d'autres Etats contractants les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'Etat d'ouverture.

Les pouvoirs du syndic, leur nature et leur portée, sont toujours définis selon la loi de l'Etat d'ouverture pour la procédure dans laquelle il a été nommé. Cette loi détermine aussi les obligations du syndic.

160. Puisque la convention prévoit un système de reconnaissance automatique des procédures d'insolvabilité, la désignation du syndic et l'exercice de ses pouvoirs bénéficient de ce même automatisme. Ni l'exequatur, ni la publication prévue à l'article 21 ne sont nécessaires pour que le syndic exerce tous ses pouvoirs dans d'autres Etats contractants.
161. Dans les limites prévues par la convention, le syndic de la procédure principale peut exercer tous ses pouvoirs dans les autres Etats contractants (c'est-à-dire sur l'ensemble du territoire de la Communauté).

Afin de dissiper toute incertitude, l'article 18 prévoit expressément que le syndic peut même déplacer les biens hors du territoire de l'Etat sur lequel ils se situent. Ce faisant, le syndic doit respecter les articles 5 et 7 de la convention, puisque la procédure ne peut porter atteinte aux droits réels des créanciers ou des tiers sur les biens situés, au moment de l'ouverture, dans un autre Etat contractant que celui où la procédure a été ouverte. Pour autant que le droit réel l'exige, le transfert de ces biens dans un autre Etat peut être soumis à l'accord du titulaire du droit réel.

Les créanciers peuvent empêcher ce transfert en demandant l'ouverture d'une procédure secondaire concernant ces biens (pour autant que les conditions prévues à l'article 3 paragraphes 2 et 3 soient remplies).

162. Les pouvoirs du syndic de la procédure principale sont soumis à deux limitations de caractère général.

163. La première découle de l'ouverture éventuelle d'une procédure d'insolvabilité territoriale dans un autre Etat contractant (en vertu de l'article 3 paragraphe 2).

Cette limitation est logique, puisque les biens ne peuvent être soumis aux pouvoirs de deux syndics différents. Dès qu'une procédure territoriale est ouverte, le syndic de la procédure principale n'a plus de pouvoirs sur les biens situés sur le territoire de l'Etat d'ouverture de la procédure territoriale. C'est le syndic de la procédure territoriale qui exerce alors des pouvoirs exclusifs sur ces biens. Cela ne signifie pas que le syndic de la procédure principale perd toute influence sur le patrimoine du débiteur situé sur le territoire de l'autre Etat contractant, mais cette influence doit s'exercer au moyen du pouvoir que lui confère la convention de coordonner la procédure territoriale et la procédure principale (cf. articles 31 à 37).

L'article 18 étend cette première limitation aux cas où des mesures conservatoires contraires à l'exercice de ces pouvoirs ont déjà été adoptées à la suite de la demande d'ouverture d'une procédure territoriale.

Le syndic de la procédure principale est autorisé par la convention à demander l'ouverture d'une procédure secondaire (article 29).

164. La seconde limitation, prévue par l'article 18 paragraphe 3, découle de l'obligation imposée au syndic, dans l'exercice de ses pouvoirs, de respecter la loi de l'Etat sur le territoire duquel il entend agir.

- a) Le principe général interdisant d'exercer des mesures contraignantes sur le territoire d'un autre Etat vaut également pour le syndic étranger. Celui-ci ne peut agir sur le territoire d'autres Etats que dans le respect de ce principe. C'est pourquoi l'article 18 lui interdit expressément tout recours direct à des moyens contraignants. Tout type de recours à la force ou à des mesures contraignantes est exclu.

Si les personnes concernées par un acte du syndic n'acceptent pas volontairement de s'y soumettre et si des mesures contraignantes sont nécessaires sur des biens ou des personnes, le syndic doit saisir les autorités de l'Etat où les biens ou les personnes sont situés pour qu'elles adoptent et assurent l'exécution de ces mesures. La convention autorise le syndic d'un autre Etat contractant, sur la base de la reconnaissance automatique de sa nomination et de ses pouvoirs, à demander à ces autorités d'adopter, conformément à la loi nationale, des mesures d'exécution forcée contre des biens ou des personnes.

- b) Le syndic doit exercer ses pouvoirs sans violer les lois de l'Etat dans lequel il agit.

Par exemple le syndic peut déplacer les biens appartenant au débiteur dans un autre Etat contractant. Ce pouvoir peut être subordonné aux règles limitant la libre circulation des biens. Ainsi, si un bien fait partie du patrimoine historique et culturel d'un Etat contractant, il peut faire l'objet d'une interdiction d'exportation consacrée par l'article 36 du traité CE. Cette interdiction est naturellement applicable au syndic, qui ne peut, à l'égard de ce type de bien, exercer son pouvoir général de déplacer des actifs.

- c) En ce qui concerne les modes de réalisation des biens, le syndic doit respecter la loi de l'Etat où les biens sont situés. La loi de l'Etat d'ouverture fixe l'étendue des pouvoirs du syndic et les modalités de leur exercice. Seule cette loi peut décider, par exemple, si la vente d'un bien immobilier peut se faire de façon privée (de gré à gré) ou si une vente aux enchères est nécessaire. Mais une fois cette décision prise conformément à cette loi, les procédures de réalisation des biens doivent s'adapter aux prescriptions de la loi nationale. Dans notre exemple, si la loi de l'Etat d'ouverture exige une vente aux enchères, la procédure applicable au déroulement de la vente dans l'Etat où le bien immobilier est situé est fixée par la loi de ce dernier Etat.

165. Le syndic de la procédure territoriale est soumis à une limitation supplémentaire. Ses pouvoirs d'administration et de disposition ont la même portée que la procédure de laquelle ils découlent, ce qui signifie que ses pouvoirs sont territoriaux. Cependant, il est possible que des biens faisant l'objet de cette procédure aient été déplacés après son ouverture dans d'autres Etats contractants.

Dans ce cas, l'article 18 paragraphe 2 dit clairement que le syndic peut s'adresser à ces autres Etats contractants et demander devant leurs juridictions la restitution du bien ou faire valoir ce transfert pour toute autre fin utile à la procédure locale. Il peut aussi tenter toute action en annulation qui est de l'intérêt des créanciers (cf. point 224).

166. La convention ne contient aucune règle concernant l'opposition à l'exercice des pouvoirs du syndic. Ce sont donc les règles générales qui sont applicables.

Par conséquent, c'est aux autorités de l'Etat où ces pouvoirs doivent être exercés qu'il appartiendra de prendre une décision lorsque l'opposition est motivée par la non-reconnaissance, conformément à la convention, de la procédure ouverte dans un autre Etat contractant ou de la décision désignant le syndic. Ce sera aussi le cas lorsque l'opposition sera fondée sur la violation, de la part du syndic, des dispositions de la convention qui régissent l'exercice de ses pouvoirs dans d'autres Etats, par exemple l'article 18 paragraphe 1 ou l'article 3 paragraphe 3.

Lorsque l'opposition porte sur le bien-fondé de l'exercice de ces pouvoirs, c'est-à-dire sur la justification d'une mesure que le syndic entend prendre, cette compétence revient aux autorités judiciaires de l'Etat d'ouverture.

#### Article 19

##### Preuve de la nomination du syndic

167. Cette disposition est inspirée de l'article 2 de la convention d'Istanbul de 1990. Contrairement à ce qui s'est fait dans le projet de convention communautaire de 1982, il n'a pas été jugé nécessaire d'établir un modèle uniforme de certificat attestant la nomination du syndic.

168. La preuve de la nomination du syndic peut être établie par la présentation d'une copie de l'original de la décision, certifiée conforme par une personne habilitée à cette fin par l'Etat où la décision a été rendue, ou par la présentation de tout autre certificat établi par la juridiction compétente et attestant la nomination.
169. La copie certifiée conforme de la décision ou le certificat officiel de nomination sont dispensés de toute formalité de légalisation ou autre formalité analogue, telle l'apostille prévue par la convention de La Haye de 1961 qui supprime l'exigence de légalisation attachée aux documents publics étrangers.

Une traduction dans la langue ou une des langues officielles de l'État contractant sur le territoire duquel le syndic entend agir peut être exigée. Cette traduction doit répondre aux conditions que doivent remplir dans cet Etat les traductions de documents officiels. Par exemple, si on admet le parallélisme avec les dispositions de l'article 48 deuxième alinéa de la Convention de Bruxelles de 1968, la traduction est certifiée par une personne habilitée à cette fin dans un des Etats contractants, que ce soit l'Etat d'ouverture ou celui où le syndic a l'intention d'exercer ses pouvoirs.

170. La convention ne contient aucune règle quant aux moyens de prouver la portée des pouvoirs du syndic.

Il semble logique que, en cas de doute ou d'opposition, la preuve de ces pouvoirs, fondés sur la loi d'un autre Etat contractant, soit établie par la personne qui les invoque. Elle peut le faire au moyen d'une attestation, délivrée par le tribunal qui a désigné le syndic, qui définit les pouvoirs de ce dernier ou de toute autre preuve admise par la législation de l'Etat où le syndic a l'intention d'exercer ses pouvoirs.

#### Article 20

#### Restitution et imputation

171. La convention considère son champ d'application géographique (la Communauté) comme un espace économique unique. Les effets de la procédure principale s'étendent donc à tout le territoire des Etats contractants. C'est aussi pour cette raison que, lorsqu'elle permet d'ouvrir une procédure secondaire, l'ensemble de cet espace doit être considéré comme une référence pour la répartition des dividendes ; en obligeant à prendre en compte ce qui a été obtenu dans le cadre de chaque procédure au moyen d'une sorte de compte consolidé des dividendes obtenus à l'échelle européenne. Cet article a pour but de garantir le principe d'égalité de tous les créanciers d'un débiteur unique.

172. Règle relative à la restitution (article 20 paragraphe 1)

La règle de restitution découle de l'universalité de la procédure principale, qui englobe tous les biens du débiteur où qu'ils soient situés, et touche tous les créanciers. A partir de ce principe d'universalité, il est évident que le créancier qui, après l'ouverture de la procédure, obtient individuellement satisfaction totale ou partielle en ce qui concerne sa créance, (soit par le paiement du débiteur, soit par la voie d'exécution sur les biens se trouvant dans d'autres Etats) porte atteinte au principe de satisfaction collective sur lequel sont fondées les procédures d'insolvabilité. D'où l'obligation de restituer "ce qu'il a obtenu". Le syndic peut exiger qu'il restitue les biens reçus ou leur équivalent en argent.



173. La règle commentée ci-dessus est valable dans les limites des dispositions des articles 5 et 7, qui excluent de la procédure principale les droits réels des créanciers et des tiers sur les biens du débiteur situés à ce moment hors de l'Etat d'ouverture. Aussi longtemps que ces articles s'appliquent, le créancier qui obtient satisfaction pour ses créances garanties par des droits réels en réalisant ceux-ci ne s'enrichit pas au détriment des autres créanciers et ne porte pas atteinte au principe de satisfaction collective (cf. commentaire de l'article 5).

174. Règle relative à l'imputation (article 20 paragraphe 2)

La convention permet d'ouvrir des procédures d'insolvabilité parallèles (cf. article 3). Ainsi, lorsqu'un créancier obtient satisfaction dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat contractant, il ne viole pas une loi, mais il exerce simplement un droit (cf. article 32 paragraphe 1).

L'article 20 paragraphe 2 permet donc que ce créancier conserve ce qu'il a obtenu dans le cadre de la première procédure qui a donné lieu à une répartition. Cependant, afin de garantir l'égalité de tous les créanciers à l'échelle communautaire, une fois ce paiement reçu, ils ne peuvent participer à d'autres répartitions que lorsque tous les créanciers de même rang ont obtenu satisfaction dans les mêmes proportions.

175. La formule de calcul est relativement simple. Elle comporte quatre règles :

- 1) nul ne peut obtenir plus de 100 % de ses créances ;

- 2) La créance est toujours présentée pour son montant d'origine (100 % de sa valeur initiale), non pour le montant restant (le montant obtenu dans d'autres procédures n'est pas déduit).

Si les créances n'étaient pas présentées pour 100 % de leur montant (c'est-à-dire sans déduction de la portion recouvrée dans d'autres procédures) dans chacune des procédures, il ne serait pas possible de garantir l'égalité de traitement des créanciers qui prennent part à plusieurs procédures.

La seule exception à cette deuxième règle concerne les créances garanties par un droit réel ou une compensation, lesquelles ne sont pas affectées, dans la partie garantie, par les procédures d'insolvabilité (cf. articles 5, 6 et 7).

La convention ne prévoit aucune règle permettant de déterminer si ces créances doivent être présentées pour leur montant d'origine ou pour le montant restant ; la réponse à cette question dépend des règles de droit de l'Etat d'ouverture de la procédure (cf. article 4 paragraphe 2 point i).

- 3) Une créance n'est prise en compte dans la répartition qu'à partir du moment où les créanciers du même rang ont obtenu dans cette procédure une satisfaction égale, en pourcentage, à celle qu'a obtenue son titulaire dans la première procédure.

Par exemple, si un créancier X a obtenu 5 % dans une procédure ouverte dans un Etat contractant F1 sur une créance chirographaire d'un montant de 75, il ne pourra participer à la répartition au titre de la procédure ouverte dans un autre Etat contractant F2 (où il a aussi produit sa créance) qu'à partir du moment où les créanciers chirographaires ont obtenu 5 %. Si, dans l'Etat F2, le pourcentage de satisfaction atteint 8 % pour les créanciers chirographaires, le créancier X ne peut participer que pour la différence, à savoir 3 % (8 % moins les 5 % déjà obtenus dans l'Etat F1 = 3 %). Et, conformément à la deuxième règle énoncée ci-dessus, ce pourcentage de 3 % sera appliqué au total de sa créance (c'est-à-dire aux 100 % de son montant initial de 75).

Inversement, si la première procédure est celle de l'Etat F2, où les créanciers obtiennent un pourcentage de satisfaction de 8 %, même si ceux-ci ont aussi produit leurs créances dans la procédure ouverte dans l'Etat F1, ils ne participeront pas à la répartition dans l'Etat F1, puisque les créanciers chirographaires n'y obtiennent que 5 % alors qu'ils ont déjà obtenu 8 % dans l'Etat F2.

Ainsi, indépendamment de la procédure qui se déroule en premier, tant les créanciers de F1 que ceux de F2 qui ont produit leurs créances dans les deux procédures obtiendront en définitive un dividende égal (à savoir 8 % du total de leur créance).

- 4) Le rang ou la catégorie de chaque créance est fixé, pour chaque procédure, par la loi de l'Etat d'ouverture (article 4 paragraphe 2 point i). Etant donné qu'à des procédures différentes correspondent des lois différentes relatives à l'insolvabilité (chaque procédure étant régie par sa loi nationale), il peut arriver que le rang d'une même créance produite dans deux procédures différentes ne soit pas le même dans ces deux procédures. Le seul rang ou la seule catégorie pris en compte pour appliquer l'article 20 paragraphe 2 est celui que la loi régissant la procédure dans laquelle la répartition doit être effectuée confère à la créance.

C'est pourquoi on ne tient compte, pour calculer le dividende, que du pourcentage recouvré dans d'autres procédures et non du rang ou de la catégorie dont la créance bénéficierait dans le cadre de ces autres procédures. Ainsi, dans notre exemple, si le créancier X a produit une créance chirographaire dans l'Etat F1 mais que cette créance est privilégiée dans l'Etat F2, il s'ensuit qu'il a déjà recouvré 5% dans F1, quel que soit le rang de sa créance ; pour le calcul, ce pourcentage est comparé au dividende qui, selon les règles en vigueur dans F2, s'applique aux créances privilégiées. Si ces créances sont affectées d'un dividende de 25% dans F2, le créancier X bénéficiera d'un dividende de 20% dans F2 (25% moins 5% déjà recouverts = 20%).

176. En pratique, si un certain nombre de créances ont été produites dans les deux procédures d'insolvabilité ouvertes dans F1 et dans F2, le syndic de la procédure F2 peut procéder par étapes à la répartition dans F2, pour chaque rang. Dans notre exemple, il ne tiendra pas compte des créances déjà recouvrées dans F1 jusqu'à concurrence de 5 % (le dividende obtenu dans F1). Une fois que les créances produites seulement dans F2 auront atteint 5 %, s'il reste des biens à répartir, il procédera pour déterminer le nouveau dividende à un autre calcul, tenant compte à la fois des créances déjà recouvrées dans F1 et des créances produites uniquement dans F2.

#### Article 21

#### Publicité

177. Il n'est pas nécessaire que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans un autre Etat contractant fasse l'objet de mesures de publicité pour que cette procédure soit reconnue, ni pour que soient reconnus les pouvoirs et l'exercice des pouvoirs du syndic nommé dans cette procédure.

La publicité vise avant tout à assurer la sécurité du commerce dans les Etats où le débiteur a des biens ou dirige ses affaires, en avertissant ses créanciers et ses contractants futurs de sa situation juridique.

178. Bien que la reconnaissance ne soit pas subordonnée à la publicité de la décision d'ouverture de la procédure, la publicité peut avoir des conséquences juridiques importantes pour l'évaluation de la conduite des personnes concernées, dans le cadre de la convention (par exemple de son article 24) ou de la loi nationale applicable.

179. Il appartient au syndic de prendre l'initiative de la publicité dans d'autres Etats. A cette fin, il devra évaluer toutes les circonstances (si, par exemple, tous les créanciers ne peuvent être identifiés), ainsi que les exigences pour la sécurité du commerce (par exemple, un établissement poursuit ses activités dans un autre Etat où des créanciers futurs devraient être informés, etc.).

Cette règle n'empêche pas les juridictions de l'Etat d'ouverture de prendre directement des mesures de publicité lorsque, en vertu de la loi nationale relative à l'insolvabilité, cette tâche leur incombe.

180. Les Etats contractants peuvent prévoir la publication obligatoire de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité lorsque le débiteur possède un établissement sur leur territoire. Cette publication obligatoire ne peut en aucun cas devenir une condition de reconnaissance (ce qui serait contraire aux règles conventionnelles).

L'article 21 paragraphe 2 indique expressément qu'en cas de publication obligatoire celle-ci doit être assurée par le syndic ou par l'autorité désignée par l'Etat d'ouverture de la procédure. Le cas échéant, il reviendra à la loi nationale de l'Etat qui prévoit cette publication obligatoire de déterminer les conditions de responsabilité du syndic qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'assurer.

181. La convention ne fixe aucun mécanisme uniforme de publication mais prévoit que celle-ci doit respecter les modalités prévues par la loi de l'Etat où la publication doit avoir lieu. En revanche, elle précise le type d'information à publier : le contenu essentiel de la décision ouvrant la procédure et, le cas échéant (s'il y a plusieurs nominations, par exemple), le contenu essentiel de la décision qui nomme le syndic. Dans les deux cas, il y a toujours lieu d'indiquer l'identité du syndic nommé ainsi que la règle de compétence appliquée (article 3 paragraphe 1 ou 2). Cela n'exclut pas la publication d'autres éléments d'information pouvant présenter un intérêt pour les tiers ou les créanciers (délais pour produire les créances, etc.).

Dans le cas de la publication prévue par l'article 21 paragraphe 2, le contenu obligatoire exigé ne peut aller au delà des informations mentionnées dans le paragraphe 1 de cet article.

## Article 22

### Inscription dans un registre public

182. Il n'est pas nécessaire que la décision ouvrant la procédure fasse l'objet d'une inscription dans un registre public pour que la procédure étrangère d'insolvabilité soit reconnue, ni pour que soient reconnus les pouvoirs du syndic nommé dans un autre Etat contractant. Cependant, les registres jouent un rôle important pour la sécurité du commerce. La confiance des tiers agissant de bonne foi en se fondant sur les informations que ces registres contiennent est protégée dans tous les Etats contractants. Pour cette raison, mais aussi pour assurer sa pleine efficacité à la procédure d'insolvabilité, la convention habilite le syndic à demander l'inscription de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans un autre Etat contractant.

Cette règle n'empêche pas les juridictions de l'Etat d'ouverture de la procédure d'ordonner au syndic de procéder à l'inscription dans d'autres Etats, si la loi de cet Etat relative à l'insolvabilité le prévoit.

La forme et le contenu de l'inscription sont régis par la loi de l'Etat contractant sous l'autorité duquel le registre est tenu. Cet Etat contractant doit permettre l'inscription de la procédure dans un autre Etat contractant dans des conditions similaires à celles de l'inscription d'une procédure nationale.

183. Les Etats contractants ne peuvent imposer la nécessité d'une procédure d'exequatur comme condition d'accès à l'inscription de la décision étrangère. La reconnaissance est automatique.

Chaque Etat peut cependant décider que l'autorité chargée du registre au moment de l'inscription devra vérifier, à titre accessoire, que la décision peut faire l'objet d'une reconnaissance en vertu de la convention.



184. L'exigence relative à l'inscription ne concerne que la procédure principale, étant donné que, par définition, une procédure territoriale ne peut atteindre les biens situés en dehors du territoire de l'Etat d'ouverture.

185. Les Etats contractants peuvent prévoir l'inscription obligatoire dans leur registre (quand le débiteur est titulaire de biens inscrits, par exemple). Cette inscription obligatoire ne peut cependant en aucun cas devenir une condition de la reconnaissance.

Le cas échéant, il appartiendra à la loi nationale de l'Etat d'inscription de déterminer l'éventuelle responsabilité du syndic lorsqu'il n'a pas adopté les mesures nécessaires pour assurer cette inscription.

### Article 23

#### Erais

186. La convention considère comme étant des frais de procédure les dépenses qui découlent des mesures de publicité et d'inscription prévues aux articles 21 et 22. On n'a pas retenu la proposition de quelques délégations de limiter cette définition aux dépenses découlant d'une initiative prise par le syndic (article 21 paragraphe 1 et article 22 paragraphe 1) et de ne pas y inclure les dépenses découlant de la publication ou de l'inscription rendues obligatoires par un Etat différent de celui où la procédure a été ouverte et se déroule.

## Article 24

### Exécution au profit du débiteur

187. La reconnaissance automatique des procédures d'insolvabilité ouvertes dans un autre Etat contractant et l'absence de tout système général obligatoire de publicité préalable garantissent la prise d'effet immédiate de la décision d'ouverture de la procédure dans tous les Etats contractants.

Dans certains cas, cependant, une partie des personnes concernées peut ne pas être au courant de l'ouverture de la procédure et agir de bonne foi en contradiction avec les nouvelles circonstances. A cet égard, l'article 24 apporte la solution au problème posé par une obligation exécutée de bonne foi au profit du débiteur, alors qu'elle aurait dû être exécutée au profit du syndic de la procédure dans un autre Etat contractant. L'article 24 reconnaît le caractère libératoire de cette exécution ou de ce paiement si la personne concernée ignorait l'ouverture de la procédure.

L'article 24 se fonde pour cela sur une double présomption. L'obligation a été exécutée avant la publication prévue à l'article 21 dans l'Etat concerné (par exemple, selon le cas, l'Etat dans lequel la personne qui exécute l'obligation est établie ou l'Etat dans lequel l'obligation est exécutée), il y a présomption d'ignorance. Si l'exécution de l'obligation est postérieure aux mesures de publicité, il y a présomption de connaissance. Ces deux présomptions admettent la preuve contraire mais, dans les deux cas, la charge de la preuve passe d'une partie à l'autre. Ainsi, par exemple, une fois que les mesures de publicité ont été prises, c'est au débiteur qui a exécuté l'obligation en question qu'il appartient d'apporter la preuve renversant la présomption.

188. Par lieu d'exécution de l'obligation au sens de l'article 24 paragraphe 1, il faut entendre le lieu où l'obligation a été réellement exécutée par le débiteur de l'obligation.

#### Article 25

#### Reconnaissance et caractère exécutoire d'autres décisions

189. Introduction

La convention fait référence en premier lieu à la reconnaissance de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (article 16) et à ses effets (articles 17 à 24).

La reconnaissance des décisions relatives au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité ainsi que des décisions adoptées dans le cadre de cette procédure est abordée de façon globale à l'article 25. Cette disposition régit aussi l'exécution de toutes ces décisions, y compris, le cas échéant, la décision d'ouverture pour ce qui est de toutes les conséquences autres que l'ouverture de la procédure proprement dite (cf. point 143).

190. Exécuter une décision consiste à la mettre en oeuvre et à la rendre effective. L'exécution implique l'exercice du pouvoir contraignant de l'Etat pour assurer le respect de la décision.

Le principe de l'exclusivité de la souveraineté territoriale interdit l'exercice direct du pouvoir étatique sur le territoire d'autres Etats. En vertu de ce principe, l'application directe du pouvoir contraignant est réservée aux autorités de l'Etat dans lequel se trouvent les biens ou les personnes visés par cette action. La convention ne change pas ces principes.

Par conséquent, l'exécution d'une décision rendue dans d'autres Etats contractants est soumise à une autorisation préalable des autorités de l'Etat dans lequel elle doit être appliquée. Cette autorisation s'obtient par une procédure spéciale, appelée l'exequatur.

L'exequatur n'a pas pour objet l'exécution proprement dite mais l'autorisation préalable nécessaire pour procéder à l'exécution. L'exécution proprement dite sera menée à bien par les autorités nationales compétentes, suivant les procédures prévues par la législation nationale régissant l'exécution des décisions nationales équivalentes. A l'instar de la convention de Bruxelles de 1968, la convention relative aux procédures d'insolvabilité traite uniquement du premier aspect (l'autorisation préalable et ses conditions).

Si les conditions prévues par la convention sont remplies, les autorités de l'Etat requis sont tenues, en vertu des dispositions de cette convention, d'accorder cette autorisation. La loi nationale détermine ensuite les mécanismes au moyen desquels la décision rendue dans un autre Etat contractant est exécutée par les autorités nationales. Les mécanismes habituels d'exécution forcée du droit national seront mis en oeuvre, en les adaptant, si cela est nécessaire, pour garantir "l'effet utile" de la convention, c'est-à-dire rendre effective dans d'autres Etats la décision rendue par le tribunal étranger.

191. Décisions relatives à une procédure d'insolvabilité (article 25 paragraphe 1 premier alinéa)

Les décisions relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité ne présentent aucun problème concret de qualification.

La reconnaissance de ces décisions s'opère de la même façon et avec les mêmes effets que dans le cas de la décision d'ouverture déjà évoqué (cf. articles 16 et 17).

La convention soumet au même système de reconnaissance tout concordat approuvé par la juridiction compétente de l'Etat d'ouverture.

192. En ce qui concerne l'exécution de toutes ces décisions et, le cas échéant, du concordat, différentes possibilités ont été examinées lors des négociations. L'idée finalement retenue a été d'utiliser le système mis en place par la convention de Bruxelles de 1968 pour exécuter les décisions rendues en matière civile et commerciale. C'est pourquoi l'article 25 paragraphe 1 renvoie aux dispositions de la convention de Bruxelles de 1968 qui régissent l'exécution.

Dès lors, le système simplifié d'exequatur prévu par cette convention sera utilisé pour l'exécution des décisions adoptées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (cf. articles 31 à 51 de la convention de Bruxelles de 1968 ; pour une analyse approfondie de ce système, cf. aussi les rapports sur cette convention).

Comme le prévoit la convention de Bruxelles de 1968 (cf. son article 31), il faut, pour que l'exécution ait lieu dans l'Etat requis, que la décision soit déjà exécutoire dans l'Etat où elle a été rendue (Etat d'origine) et que cet effet n'y ait pas été suspendu. Une décision ne peut produire plus d'effets dans d'autres Etats que dans l'Etat d'origine.

Toutefois, les motifs de rejet de l'exequatur ne sont pas tirés de la convention de Bruxelles de 1968 (l'article 34 paragraphe 2 de la convention de Bruxelles est expressément écarté), mais de la convention relative aux procédures d'insolvabilité (cf. article 26).

193. Il est important de souligner que l'article 25 paragraphe 3 exclut de l'obligation de reconnaître et d'exécuter les décisions étrangères qui auraient pour effet de limiter la liberté individuelle ou le secret postal du débiteur insolvable ou de toute autre personne susceptible d'être affectée par les limitations découlant de la procédure d'insolvabilité.

Il s'agit d'une question qui concerne directement les libertés fondamentales et les Etats contractants ont préféré conserver leur liberté en matière de reconnaissance et d'exécution de telles décisions, indépendamment de la convention relative aux procédures d'insolvabilité. Chaque Etat décidera de façon autonome du traitement à donner à ces décisions quand elles émanent d'un autre Etat contractant.

194. Décisions dérivées de la procédure d'insolvabilité (article 25 paragraphe 1 deuxième alinéa)

La convention régit également la reconnaissance et l'exécution des décisions résultant de la procédure d'insolvabilité. Il s'agit de décisions qui découlent directement du droit des faillites et qui ont un rapport immédiat avec la procédure d'insolvabilité, mais qui ne concernent pas l'ouverture, le déroulement ou la clôture de la procédure d'insolvabilité.

Qu'elles soient adoptées par le tribunal chargé de la procédure d'insolvabilité ou par un tribunal ordinaire, comme cela peut être le cas en vertu du droit national, la reconnaissance et l'exécution de ces décisions sont toujours régies par la convention.

195. La raison d'être de cette disposition réside dans l'arrêt de la Cour de justice du 22 février 1979 (affaire 133/78 Gourdain v. Nadler, Rec. 1979 p. 733). Appelée à interpréter l'article 1er deuxième alinéa de la convention de Bruxelles de 1968, qui exclut de son champ d'application les questions de faillite, concordat et procédures analogues, la Cour de justice a adopté un critère de délimitation de la faillite fondé sur le caractère de l'action exercée. Selon ce critère, les actions dont la base juridique immédiate se trouve dans la loi relative à l'insolvabilité et qui s'insèrent étroitement dans la procédure d'insolvabilité restent en dehors de la convention de Bruxelles de 1968. La nature de l'organe juridictionnel qui décidera de celle-ci est indifférente.

En vertu de cet arrêt de la Cour de justice, ces actions doivent être soumises à la convention relative aux procédures d'insolvabilité, sous peine de laisser dans la réglementation conventionnelle des lacunes injustifiables entre la convention générale et la convention particulière. Pour cette raison, l'article 25 paragraphe 1 deuxième alinéa de la convention relative aux procédures d'insolvabilité adopte expressément ce même critère de délimitation.

196. Pour que la convention relative aux procédures d'insolvabilité soit applicable, il faut que l'action exercée découle directement de la loi relative à l'insolvabilité et qu'elle s'insère étroitement dans la procédure d'insolvabilité.

Tel est le cas des actions qui sont fondées sur la loi relative à l'insolvabilité (et non pas seulement influencées par celle-ci) et qui ne sont possibles que durant la procédure d'insolvabilité ou qui ont un lien direct avec celle-ci. Il s'agit notamment des actions en annulation des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers (cf. article 13) ; des actions portant sur la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux fondées sur la loi relative à l'insolvabilité (c'est-à-dire l'action en comblement de l'insuffisance d'actif intentée contre les dirigeants de la société, prévue par le droit français et que la Cour de justice des Communautés européennes a qualifiée de procédure liée à la faillite dans son arrêt du 22 février 1978 (affaire 133/78) ; des actions concernant l'admissibilité ou le rang d'une créance ; des contestations entre syndic et débiteur concernant l'appartenance d'un bien à la faillite, etc.

Toutefois, les actions dérivées d'une autre loi que celle relative à l'insolvabilité ne devraient pas être incluses, bien qu'elles puissent être affectées par l'ouverture de la procédure (passivement ou activement). Tel est le cas des actions à propos de l'existence ou de la validité selon le droit commun d'une créance (par exemple d'un contrat) ou de son montant ; des actions en revendication de propriété sur les biens en possession du débiteur ; et, en général, des actions que le débiteur aurait pu tenter sans qu'une procédure d'insolvabilité ait été ouverte.

197. Le but de l'article 25 paragraphe 2 est d'éviter les failles entre la convention relative aux procédures d'insolvabilité et la convention de Bruxelles de 1968. L'exclusion des procédures d'insolvabilité prévue à l'article 1er deuxième alinéa de la convention de Bruxelles de 1968 devrait être interprétée compte tenu de la définition des procédures d'insolvabilité par la convention relative aux procédures d'insolvabilité et des critères figurant à son article 25.



198. Mesures conservatoires (article 25 paragraphe 1 troisième alinéa)

Le même système de reconnaissance et d'exécution s'applique aux mesures conservatoires ordonnées par une juridiction compétente en vertu de l'article 3 paragraphe 1 après la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

L'article 25 traite des mesures conservatoires prises tant avant qu'après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. En vertu de l'article 25 paragraphe 1 troisième alinéa, toutes les mesures conservatoires nécessaires pour garantir l'efficacité future d'une procédure d'insolvabilité visée par la convention relèvent du système instauré par la convention dès la demande d'ouverture de ladite procédure.

199. Cette règle trouve sa raison d'être dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. D'après son arrêt du 27 mars 1979 (affaire 143/78, De Cavel v. Decavel, Rec. 1979 p. 1055), les mesures provisoires et de garantie restent incluses dans le champ d'application de la convention de Bruxelles de 1968, non pas en vertu de "leur propre caractère", mais du "caractère des droits dont elles garantissent la sauvegarde". Etant donné que les procédures d'insolvabilité sont expressément exclues du champ d'application de la convention de Bruxelles de 1968 (article premier deuxième alinéa), cette convention ne pourrait être applicable aux mesures adoptées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais dont elles tendent à sauvegarder l'efficacité. Compte tenu de l'importance pratique des mesures conservatoires en matière d'insolvabilité, il a semblé logique d'établir une règle qui inclut expressément ces mesures dans le champ d'application de la convention.

200. Pour ces mesures conservatoires, il en résulte un régime similaire à celui qui est prévu pour la reconnaissance des mesures conservatoires en matière civile et commerciale par la convention de Bruxelles de 1968 (cf. toutefois point 207). Cette solution a une importance pratique immédiate. Il y a beaucoup d'exemples de mesures conservatoires qui devraient avoir une portée extra-territoriale et atteindre tout le territoire de la Communauté (par exemple, après la demande d'ouverture et avec des éléments faisant supposer une tentative de détournement frauduleux d'actifs, le juge compétent selon l'article 3 paragraphe 1 rend une ordonnance conservatoire interdisant au débiteur de disposer de ses biens).

201. Pour comprendre le système relatif à la reconnaissance et au caractère exécutoire des mesures conservatoires, il faut tenir compte du fait que la présente convention (de même que la convention de Bruxelles de 1968) régit tant la compétence pour prendre des décisions contraignantes (qui est attribuée aux juridictions de l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur, F1) que la reconnaissance et le caractère exécutoire de ces décisions dans d'autres Etats contractants.

La juridiction compétente en vertu de l'article 3 paragraphe 1 est également habilitée à ordonner, par exemple, la saisie des biens du débiteur même si ceux-ci sont situés à l'étranger, ou toute autre mesure conservatoire (voir point 78). En vertu de l'article 25, cette décision doit être reconnue et exécutée dans l'Etat contractant où sont situés les biens en cause (F2).

La reconnaissance et l'exécution de cette décision relèvent toujours de la compétence exclusive des juridictions de l'Etat où la mesure doit être mise en oeuvre (F2).

Les juridictions de l'Etat F2 vérifient uniquement qu'il s'agit d'une décision couverte par la convention, que celle-ci émane du juge qui se déclare compétent en vertu de l'article 3 paragraphe 1 et que cette mesure n'est pas contraire à l'ordre public. Il n'est pas nécessaire, et l'on ne peut exiger, que soient remplies les conditions requises par la loi nationale de F2 pour l'adoption directe de mesures conservatoires équivalentes.

Une fois que l'exequatur a été accordé conformément à la convention, l'exécution elle-même se fera par le recours aux mécanismes prévus par la loi nationale de F2 pour les mesures d'exécution forcée (cf. point 190).

#### Article 26

#### Ordre public

#### 202. Exceptions à la reconnaissance et à l'exécution - Introduction

La Convention se fonde sur le principe de la confiance communautaire et sur une présomption générale de régularité de la décision étrangère. Aussi prévoit-elle que la reconnaissance ne peut être refusée que si la décision étrangère est contraire à l'ordre public de l'Etat requis. Par conséquent :

1. la décision étrangère ne peut être l'objet d'une révision au fond. Toutes les questions relatives au fond doivent être discutées devant les juridictions de l'Etat d'ouverture de la procédure. Les juridictions de l'Etat requis pour la reconnaissance ou l'exécution peuvent seulement vérifier que la décision étrangère n'aura pas des effets contraires à l'ordre public ;
2. la convention ne contient aucune disposition quant à la vérification de la compétence internationale de la juridiction de l'Etat d'origine (la juridiction de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, compétente en vertu de l'article 3 de la convention). Les juridictions de l'Etat requis ne peuvent contrôler la compétence de la juridiction de l'Etat d'origine, mais peuvent uniquement vérifier que la décision émane d'une juridiction d'un Etat contractant qui se déclare compétente en vertu de l'article 3 de la convention.

C'est aux autorités judiciaires de l'Etat d'origine de la décision (F1) qu'il incombe de vérifier et de contrôler la compétence internationale dont la juridiction se prévaut au titre de la convention. Toute personne intéressée qui veut contester la compétence d'une juridiction nationale est tenue de se rendre dans l'Etat d'ouverture de la procédure pour y introduire un recours contre la décision affirmant la compétence. La juridiction peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel (cf. article 44) d'une demande d'interprétation de l'article 3 (compétence internationale).

### 203. L'ordre public

L'exception de l'article 26 est l'exception traditionnelle selon laquelle il n'y a pas lieu de reconnaître ou d'exécuter une décision rendue par une juridiction étrangère si cette reconnaissance ou cette exécution est contraire à l'ordre public de l'Etat contractant dans lequel la reconnaissance ou l'exécution est demandée.

204. L'exception de l'ordre public ne devrait jouer que dans des cas exceptionnels. C'est pourquoi l'article 26 exige que la reconnaissance ou l'exécution de la décision étrangère soit "manifestement" contraire à l'ordre public.

En outre, l'article 26 demande non pas que soit examiné dans l'abstrait si la règle ou le principe qu'applique la juridiction étrangère est compatible avec l'ordre public, mais que les effets de la reconnaissance ou de l'exécution de la décision portent atteinte à l'ordre public. La vérification de la conformité avec l'ordre public porte sur les effets de la reconnaissance ou de l'exécution, ce qui signifie que toutes les circonstances propres à l'affaire, y compris le lien avec l'Etat requis, doivent entrer en ligne de compte.

205. L'ordre public relève du droit national et cette notion n'a donc pas forcément un contenu uniforme partout dans la Communauté. L'ordre public repose sur les principes fondamentaux de la loi de l'Etat qui reconnaît. Il met en jeu, en particulier, les droits et libertés garantis par la Constitution, et les orientations fondamentales de l'Etat requis, notamment celles de la Communauté.

Toutefois, l'ordre public ne peut être invoqué par les Etats contractants pour contester unilatéralement le système de la convention. Des interprétations abusivement larges de l'ordre public ne sont pas couvertes par l'article 26 (cf. aussi point 208).

206. L'ordre public fonctionne comme une clause générale face à la question de la reconnaissance et de l'exécution et recouvre des principes fondamentaux portant tant sur le fond que sur la procédure.

Ainsi, l'ordre public pourra protéger les participants ou les personnes concernées par la procédure contre le non-respect des garanties prévues par la loi. L'ordre public ne suppose pas un contrôle général de la régularité de la procédure suivie dans un autre Etat contractant, mais des garanties procédurales essentielles comme le caractère contradictoire de la procédure ou le droit de participer à celle-ci. Ce droit de participer et le principe de non-discrimination jouent un rôle particulier dans le cas des plans d'assainissement d'entreprises ou des concordats, par rapport aux créanciers dont la participation est entravée ou qui font l'objet de discriminations injustifiées.

La convention de Bruxelles de 1968 régit séparément, par son article 27, les conditions concernant l'assignation en justice et le délai nécessaire pour la préparation de la défense, qui font partie (sans les épuiser) des garanties des droits de la défense. Cependant, compte tenu du caractère particulier de la procédure d'insolvabilité, qui est une procédure collective soumise à des règles spéciales de notification individuelle (article 40) et de publicité (article 21), et eu égard au fait que le critère de compétence internationale le plus important est l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, qui est en principe celui du domicile ou du siège social du débiteur, le groupe a jugé préférable de laisser à la jurisprudence le soin de trancher ces questions.

Cependant, si dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, des décisions individuelles sont adoptées à l'égard d'un créancier déterminé, il semble logique de prévoir des garanties équivalentes à celles prévues à l'article 27 de la convention de Bruxelles de 1968.

207. Tous les Etats contractants prévoient la possibilité, dans certaines conditions d'urgence, de prendre des mesures conservatoires unilatérales ex parte, sans audition ex ante de la personne concernée. Bien entendu, pour être constitutionnellement admissibles, ces mesures sont soumises dans la plupart des Etats à des exigences spéciales qui assurent le respect des garanties prévues par la loi (par exemple à la fois une affaire paraissant fondée à première vue, l'urgence manifeste, la constitution d'une caution par le demandeur, la notification immédiate à la personne concernée et la possibilité effective de contester les mesures prises).

La convention n'exclut pas que de telles mesures soient reconnues "en raison de leur nature". Elles seront reconnues ou non (et exécutées le cas échéant) selon qu'elles seront compatibles ou non avec l'ordre public de l'Etat requis, où cette décision doit produire ses effets (F2).

208. Pour les raisons exposées au point 193, la convention exclut de l'obligation de reconnaissance et d'exécution les décisions qui impliquent une limitation de la liberté individuelle ou du secret postal, de sorte que les Etats ne seront pas obligés de recourir à cette clause d'exception (article 25 paragraphe 3).

En revanche, comme nous l'avons signalé au point 148, pour éviter que l'ordre public ne soit invoqué afin de paralyser cette reconnaissance ou cette exécution, la convention ne permet pas d'utiliser le statut du débiteur (commerçant/ non-commerçant, par exemple) pour écarter la reconnaissance d'une décision étrangère (article 16 paragraphe 1 deuxième alinéa).

209. L'ordre public peut conduire au rejet total ou partiel de la décision étrangère.
210. La République portugaise a mentionné, dans une déclaration unilatérale faite lors de la session du 25 septembre 1995 du Conseil de l'Union européenne, que, selon les conditions fixées par l'article 26, l'ordre public portugais pourrait être invoqué pour protéger des intérêts locaux importants contre l'application de l'article 37 relatif à la conversion d'une procédure territoriale ouverte avant la procédure principale, lorsque ces intérêts ne sont pas suffisamment pris en compte dans cette conversion.

D. CHAPITRE III : PROCEDURES SECONDAIRES D'INSOLVABILITE

Article 27

Ouverture d'une procédure d'insolvabilité

211. La convention autorise l'ouverture d'une procédure locale par les juridictions de l'Etat sur le territoire duquel le débiteur a un établissement (article 3 paragraphe 2).

Une fois que la procédure principale a été ouverte dans un Etat contractant, ces procédures locales ne peuvent être que des procédures "secondaires".



Les procédures secondaires sont régies par la loi nationale. La convention modifie cependant sur deux points les conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité fixées par la loi nationale :

1. l'exigence de l'insolvabilité du débiteur posée par la loi nationale ne doit pas être satisfaite dans la mesure où la décision d'ouverture de la procédure principale d'insolvabilité dans un autre Etat contractant est reconnue ;
2. la convention donne directement au syndic de la procédure principale le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Toutes les autres conditions sont celles, inchangées, de la loi nationale (cf. articles 28 et 29 paragraphe 2), par exemple possibilité d'ouvrir une procédure locale d'insolvabilité sur la base du statut du débiteur, personnes habilitées à demander l'ouverture, etc.

212. La décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par la juridiction de l'Etat où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur a l'effet particulier de permettre l'ouverture d'une procédure territoriale dans l'Etat où le débiteur a un établissement, sans un examen de l'insolvabilité du débiteur par la juridiction de l'Etat où se situe l'établissement.

213. La juridiction auprès de laquelle l'ouverture d'une procédure secondaire est demandée examine si la procédure ouverte dans un autre Etat contractant et en vertu de laquelle l'ouverture de la procédure territoriale est demandée, est couverte par l'article 16 : la décision ouvre une procédure d'insolvabilité mentionnée à l'annexe A, elle est rendue par une juridiction qui se déclare compétente au sens de l'article 3 paragraphe 1 et elle produit ses effets.

En outre, la juridiction examine sa compétence internationale pour ouvrir une procédure territoriale, ainsi que sa compétence interne et, dans les aspects non réglés par la convention, les conditions d'ouverture d'une procédure prévues par la loi nationale.

214. La procédure en vertu de laquelle l'ouverture d'une procédure secondaire est demandée doit être une procédure mentionnée à l'annexe A de la convention.

Elle doit constituer une procédure fondée sur l'insolvabilité du débiteur (cf. point 49 paragraphe b), quatrième et cinquième alinéas) pour le problème des procédures de liquidation en Irlande et au Royaume-Uni).

215. La procédure en vertu de laquelle l'ouverture de la procédure secondaire est demandée doit être ouverte par une juridiction d'un Etat contractant compétente au sens de l'article 3 paragraphe 1 : cette juridiction a constaté que le centre des intérêts principaux du débiteur se situait dans cet Etat et elle en a déduit sa compétence pour ouvrir une procédure qui peut revendiquer le caractère d'une procédure principale.

La juridiction qui est appelée à ouvrir une procédure secondaire ne peut pas vérifier le bien-fondé de l'appréciation de la première juridiction dont la décision bénéficie de la confiance attachée aux décisions rendues par les juridictions communautaires.

216. La juridiction auprès de laquelle l'ouverture d'une procédure secondaire est demandée examine également si la décision étrangère produit ses effets.
217. Si la décision a ouvert une procédure d'insolvabilité mentionnée à l'annexe A, qu'elle admet qu'elle constitue l'ouverture d'une procédure principale et qu'elle a commencé à produire ses effets, cette décision est reconnue au sens de l'article 16.

La condition d'ouverture de la procédure secondaire prévue par la convention est remplie.

218. En conséquence, la juridiction auprès de laquelle l'ouverture d'une procédure secondaire est demandée, n'a pas à examiner l'insolvabilité du débiteur.
219. En outre, la juridiction à laquelle il est demandé d'ouvrir une procédure secondaire, examine sa compétence au sens de l'article 3 paragraphe 2.

Le débiteur doit posséder un établissement tel que défini à l'article 2 point h) sur ce territoire. En l'absence d'un établissement, aucune procédure secondaire ne sera ouverte.

Dans ce dernier cas, la procédure principale produira tous ses effets sur le territoire où le débiteur ne possède pas d'établissement, mais des biens. Le chapitre II de la convention joue et le syndic de la procédure principale peut exercer tous ses pouvoirs sur ce territoire. Ainsi, par exemple, la simple présence d'avoirs inscrits sur un compte en banque ne constituant pas un établissement, le syndic de la procédure principale peut, sous réserve notamment des droits réels des tiers visés à l'article 5, faire transférer les avoirs en compte dans l'Etat d'ouverture afin de les répartir entre les créanciers de la procédure principale.

220. En examinant sa compétence internationale au sens de l'article 3 paragraphe 2, la juridiction apprécie les faits pour déterminer si le débiteur possède un établissement sur ce territoire. En fait, elle pourrait être amenée à considérer que le lieu d'opération où le débiteur exerce son activité est plus qu'un simple établissement et aurait pu être qualifié de centre des intérêts principaux du débiteur.

Le principe de confiance attachée aux décisions des juridictions communautaires ne permet pas à cette juridiction de remettre en cause l'appréciation de la juridiction qui a revendiqué sa compétence au sens de l'article 3 paragraphe 1 (cf. point 215).

La juridiction qui constate que la décision d'ouverture de la procédure principale a le caractère d'une décision reconnue et que le débiteur a sur son territoire un centre d'activités qui peut être qualifié d'établissement sera amenée à ouvrir une procédure territoriale secondaire.

221. Conformément à l'article 3 paragraphe 3, la procédure secondaire d'insolvabilité ouverte après la procédure principale doit être une procédure de liquidation au sens de l'article 2 point c). La liquidation des biens du débiteur est sa finalité. La procédure est mentionnée à l'annexe B de la convention.

La juridiction ne peut pas ouvrir une procédure d'insolvabilité dont la finalité serait l'assainissement des affaires du débiteur ou de sa situation financière.

Les travaux relatifs à la convention ont finalement abouti à inclure dans les procédures principales d'insolvabilité tant les procédures de liquidation que les procédures d'assainissement

En cas d'insolvabilité constatée au centre des intérêts principaux du débiteur, il est difficilement concevable dans certains systèmes juridiques de la Communauté qu'un établissement dépendant de la personne insolvable puisse, d'une manière isolée, faire l'objet d'un assainissement. Il a par ailleurs été considéré par la plupart des Etats contractants que la coordination entre la procédure principale et la procédure secondaire d'assainissement était d'une complexité technique difficile à réaliser.

Dans le but de conférer à la convention le champ d'application le plus large possible en reconnaissant non seulement les procédures de liquidation - acceptées dès le début des travaux comme procédures à reconnaître - , mais aussi les procédures d'assainissement, il a été décidé de ne permettre que des procédures secondaires de liquidation.

Cette solution exprime le lien de dépendance de la procédure secondaire à l'égard de la procédure principale à vocation universelle.

222. La loi nationale détermine plus particulièrement la juridiction territorialement compétente.

Il est à noter que la convention règle la compétence internationale, mais ne précise pas quelle juridiction est compétente parmi les juridictions de l'Etat contractant de situation d'un établissement.

Les Etats devront veiller à ce que la loi désigne la juridiction territorialement compétente pour ouvrir une procédure secondaire.

223. La juridiction applique également sa loi nationale en ce qui concerne les conditions d'ouverture de la procédure qui ne font pas l'objet d'une règle conventionnelle (article 4 paragraphe 2).

La loi nationale détermine quelles sont les personnes à l'égard desquelles une procédure d'insolvabilité peut être ouverte (article 4 paragraphe 2 point a)). Au cas où, par exemple, le droit national n'autorise pas de procédure d'insolvabilité à l'égard d'une personne qui n'a pas la qualité de commerçant, ou d'une entreprise publique, une procédure secondaire est exclue.

224. Conformément à l'article 3 paragraphe 2, la procédure secondaire ne produit des effets qu'à l'égard des biens du débiteur qui sont situés sur le territoire de l'Etat de situation de l'établissement.

Le syndic secondaire a cependant le droit d'agir en dehors de son territoire afin de récupérer un bien déplacé de cet Etat après l'ouverture de la procédure secondaire ou en fraude des intérêts des créanciers de cette procédure (article 18 paragraphe 2). Il lui est également permis d'exercer dans d'autres Etats des actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité des actes préjudiciables aux créanciers (article 4 paragraphe 2 point m) et article 13). Ces actions engagées en dehors du territoire visent en réalité à la réintégration de biens qui étaient légitimement situés sur le territoire de la procédure au moment de l'ouverture ou qui, en l'absence de fraude, auraient été situés sur le territoire de la procédure au moment de l'ouverture.

En ce qui concerne la réintégration de biens situés en fait à l'étranger mais qui devraient en principe être inclus dans la procédure secondaire, l'intervention du syndic secondaire doit être déterminée sur la base de la loi de la procédure secondaire, en vertu notamment de l'article 4 paragraphe 2 point m), sous réserve de l'article 13 (cf. points 91 paragraphe l) et 135 à 139).

## Article 28

### Loi applicable

225. L'article précise d'une manière expresse que, sauf disposition contraire de la convention, la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure secondaire s'applique à celle-ci.

En fait, il s'agit d'une redite de l'article 4 qui s'interprète dans le sens que la loi applicable à la procédure principale est la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure principale, et que la loi applicable à la procédure secondaire est la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure secondaire.

## Article 29

### Droit de demander l'ouverture

226. La convention autorise le syndic de la procédure principale à demander l'ouverture d'une procédure secondaire. Le syndic provisoire qui, conformément à la loi nationale, peut être désigné après la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale mais avant l'ouverture proprement dite n'est pas visé par l'article 29 point a) (cf. point 262).

Le syndic d'une procédure secondaire n'a cependant pas le droit au titre de la Convention de demander l'ouverture d'une autre procédure secondaire.

Cette règle exprime le lien de dépendance de la procédure secondaire par rapport à la procédure principale.



227. En outre, les personnes et les autorités que le droit national autorise à demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité inscrite à l'annexe B sont également en droit de demander l'ouverture d'une procédure secondaire.

Le droit de ces personnes, et donc le droit des créanciers, de provoquer l'ouverture d'une procédure n'est pas limité par l'exigence d'un intérêt spécifique.

En effet, la disposition, envisagée au cours des travaux, aux termes de laquelle seuls les créanciers qui bénéficieraient d'une situation juridique plus favorable dans la procédure secondaire que dans la procédure principale - (par exemple un rang plus utile) - a été écartée.

L'article 29 point b) confère le droit de faire ouvrir une procédure à toute personne, sans distinction.

Il est souligné que le droit de demander l'ouverture d'une procédure territoriale antérieure à l'ouverture d'une procédure principale est limitée aux procédures spécifiées à l'article 3 paragraphe 4 point b) (cf. point 85).

#### Article 30

#### Avance de frais et dépens

228. Diverses législations excluent la possibilité d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au cas où l'actif du débiteur est insuffisant pour couvrir totalement ou partiellement les frais et dépens de la procédure.

La convention tient compte de ces législations.

La disposition de l'article 30 s'entend en ce sens que si la loi nationale n'exige pas un actif suffisant en vue de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, elle ne peut pas introduire une telle exigence pour les seules procédures secondaires.

Au cas où la loi nationale exclut l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en cas d'actif insuffisant, la convention maintient cette loi et permet à la juridiction d'exiger de la part du demandeur, y compris du syndic, une avance de frais ou une garantie appropriée. Les mots "peut exiger" ne confèrent pas une faculté à la juridiction, mais signifient que la loi nationale reste applicable.

### Article 31

#### Devoir de coopération et d'information

229. La procédure principale et les procédures secondaires constituent des procédures interdépendantes, qui concernent un débiteur avec des centres d'activité multiples et des biens répartis sur plusieurs territoires.

Les créanciers du débiteur se retrouvent ou peuvent avoir intérêt à se retrouver dans plusieurs procédures. L'information et la coopération des syndics sont dès lors nécessaires pour assurer un déroulement efficace des opérations des différentes procédures.

230. L'information mutuelle des syndics des procédures concerne notamment :

- les actifs,
- les actions envisagées ou engagées en vue de la récupération d'actifs : actions en paiement, actions révocatoires,
- les possibilités de liquidation des actifs,
- les créances produites,
- la vérification des créances et les contestations y relatives,
- les rangs des créanciers,
- les mesures d'assainissement envisagées,
- les mesures concordataires proposées,
- les projets de distribution de dividendes,
- l'état d'avancement des opérations de la procédure.

231. L'obligation d'information peut connaître des limitations du fait du droit national relatif à la communication de renseignements, par exemple par la législation relative à la protection des données individuelles informatisées.

232. L'obligation réciproque d'information des syndics est doublée d'une obligation réciproque de coopération. Les syndics sont tenus de se concerter en vue du déroulement des procédures et de leur coordination, ainsi que de faciliter leurs travaux respectifs.

233. L'article 31 paragraphe 3 souligne explicitement une obligation spécifique d'information et de coopération qui pèse sur le syndic de la procédure secondaire, en raison de la primauté attachée à la procédure principale. Le syndic de la procédure secondaire doit mettre le syndic principal en mesure de faire des propositions concernant la liquidation ou l'utilisation des actifs de la procédure secondaire. Le syndic secondaire doit donc informer le syndic principal de toute utilisation ou de toute liquidation des actifs envisagés.

Cette obligation peut mettre le syndic principal en mesure, par exemple, d'éviter la vente d'actifs de la procédure secondaire dont la préservation paraît indiquée dans l'optique de l'assainissement de l'entreprise au centre des intérêts principaux et de demander une suspension de la liquidation par application de l'article 33.

L'obligation dont il est question à l'article 31 paragraphe 3 se rapporte à des actifs ou à des décisions d'importance (comme la poursuite ou la cessation des activités de l'établissement) de la procédure secondaire. Il ne faut pas lui donner une interprétation trop large qui aboutirait en pratique à paralyser le travail du syndic de la procédure secondaire.

234. Le cas échéant, la loi nationale applicable déterminera la responsabilité du syndic qui n'a pas respecté les obligations découlant de l'article 31.

## Article 32

### Exercice des droits des créanciers

235. Aux termes de l'article 4 paragraphe 2 point h), la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure détermine les règles concernant la production des créances.

Cependant, la loi nationale relative aux créanciers qui ont le droit de produire des créances est supplantée par la disposition de l'article 32 paragraphe 1 qui confère à chaque créancier le droit de produire sa créance dans la procédure principale et dans toute procédure secondaire.

Le créancier a le droit de produire dans la procédure de son choix, et même dans plusieurs procédures.

Le droit de production du créancier qui a sa résidence habituelle, son domicile ou son siège dans un autre Etat contractant que celui de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité est réaffirmé à l'article 39. La portée de cet article est commentée aux points 265 à 270.

236. L'article 32 paragraphe 2 crée le droit pour un syndic de produire dans une autre procédure les créances déjà produites dans sa procédure. La convention modifie la loi nationale relative à la production des créances, uniquement en y ajoutant un droit de production du syndic (cf. point 237).

Tant le syndic de la procédure principale que chaque syndic d'une procédure secondaire peuvent produire dans les autres procédures.

Le but de la disposition est de faciliter l'exercice des droits des créanciers qui produisent des créances dans une procédure donnée, de donner aux syndics la possibilité de produire aussi ces créances dans d'autres procédures et, enfin, de permettre aux syndics de renforcer leur influence dans d'autres procédures.

237. Les droits des créanciers sont préservés dans la mesure où ils peuvent s'opposer à la production de leurs créances dans une autre procédure par le syndic et qu'ils peuvent retirer la production faite dans une autre procédure.

La convention accorde au créancier le droit de s'opposer à la production dans une autre procédure par le syndic.

Par contre, le droit de retirer une production effectuée par le syndic est réglé par la loi de la procédure dans laquelle la production a été transmise : en effet, les droits des créanciers sont soumis à la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure et il s'agit ici de la détermination des droits des créanciers dans la procédure où la production a été transmise.

Dans la mesure où la production du syndic est faite à la place du créancier, la question du retrait n'est pas nouvelle et les lois nationales précisent le droit d'un créancier de retirer la production effectuée.

238. La production par le syndic a les effets d'une production par le créancier : le syndic agit au nom du créancier et à sa place. La convention vise ce droit de production par le syndic.

Cependant, les règles nationales relatives au délai de production, aux conséquences d'une production tardive, à l'admissibilité et au bien-fondé de la production et aux coûts attachés à la vérification des créances restent inchangées (cf. point 267).

239. Aux termes de l'article 32 paragraphe 2, les syndics produisent dans les autres procédures les créances produites dans leurs procédures. L'obligation de produire ces créances existe dans la mesure où la production est utile à l'intérêt général de tous les créanciers ou d'une catégorie de créanciers.

Elle joue sous réserve du droit qu'a chaque créancier de s'opposer à la production.

Le créancier peut avoir des raisons diverses de s'opposer à la production dans une procédure autre que celle qu'il a choisie. Par exemple, comme la production du syndic est faite à sa place, et que la loi nationale détermine les règles de production et de vérification des créances, y compris les frais, le créancier peut être exposé dans l'autre procédure à des frais qu'il ne souhaite pas supporter.

L'appréciation de l'utilité concrète d'une production appartient au créancier qui doit défendre lui-même ses propres intérêts. Il a d'ailleurs fait un choix en produisant dans un pays déterminé.

L'appréciation concrète de l'utilité comporte un examen suivant le droit applicable à la créance et, quant au rang d'une créance, suivant le droit de l'Etat où la production est envisagée (article 4 paragraphe 2 point h).

Cette appréciation concrète pour chaque créance serait une tâche difficile pour le syndic et elle entraînerait des coûts et des lenteurs pour la procédure.

Toutefois, le but de la convention est différent. L'article 32 paragraphe 2 n'impose au syndic de produire que dans la mesure où la production est utile à tous les créanciers de sa procédure ou à une catégorie de ceux-ci.

Par exemple, si le syndic constate que l'actif à répartir dans une autre procédure est d'une importance telle que même les créanciers chirographaires de sa procédure ont une chance de toucher un dividende en concurrence avec les créanciers chirographaires qui ont produit dans l'autre procédure, la production peut être utile et sera effectuée.

En outre, il produira aussi au cas où un créancier, plutôt que de produire lui-même, lui aura exposé l'utilité de sa production.

Il ne produira évidemment pas si la production serait irrévocablement tardive et ne serait dès lors pas utile.



La mission ainsi délimitée du syndic peut améliorer la situation des créanciers, sans alourdir la procédure au détriment des créanciers.

240. L'article 32 paragraphe 3 autorise chaque syndic à participer aux autres procédures. Le but de la disposition est de mieux assurer la présence des créanciers et l'expression de leurs intérêts par leur syndic.

Pour parer à l'absentéisme fréquent des créanciers, la convention permet au syndic d'assister à l'assemblée des créanciers.

Le texte précise que le syndic participe à une autre procédure "au même titre que tout créancier". Le syndic a certainement le droit de s'exprimer dans le cours du déroulement de la procédure et plus particulièrement à l'assemblée des créanciers dans l'autre procédure. Cependant, la convention ne précise pas le contenu concret du droit de participation du syndic et elle ne détermine pas l'exercice par le syndic des droits des créanciers de sa procédure.

Il y a lieu de relever que les dispositions permettant au syndic qui a produit des créances déclarées dans sa procédure d'exercer le droit de vote qui découle d'une créance produite et celles relatives à l'exercice simultané par plusieurs syndics du droit de vote découlant d'une créance ont été abandonnées au cours des travaux.

La participation du syndic peut être réglée par la loi nationale.

### Article 33

#### Suspension de la liquidation

241. A la demande du syndic de la procédure principale, les opérations de liquidation de la procédure secondaire peuvent être suspendues en tout ou en partie.

Cette disposition exprime la primauté de la procédure principale, mais elle tient également compte des intérêts des créanciers de la procédure secondaire.

242. Le syndic de la procédure principale présente la demande de suspension des opérations de liquidation de la procédure secondaire.

La juridiction ne peut refuser la suspension que si elle ne présente manifestement pas d'intérêt pour les créanciers de la procédure principale.

Le bien-fondé de la demande de suspension n'est apprécié que par rapport à l'intérêt des créanciers de la procédure principale.

243. L'intérêt des créanciers de la procédure principale à la suspension de la liquidation que la juridiction prend en considération peut revêtir des aspects différents. Par exemple, la préservation du patrimoine situé dans l'Etat de la procédure secondaire peut être utile en vue de la vente à un repreneur de l'entreprise principale et de l'établissement secondaire, ou en vue d'un concordat. La sauvegarde de certains éléments de l'actif utiles dans le cadre d'un assainissement ou en vue d'une vente en bloc avec des éléments de l'actif de la procédure principale peut justifier la suspension partielle des opérations de liquidation.
244. La juridiction peut tenir compte des intérêts de l'ensemble des créanciers de la procédure secondaire, ainsi que de certains groupes de créanciers, en imposant au syndic de la procédure principale une garantie qu'elle détermine comme appropriée, avant d'ordonner la suspension.
245. La suspension est limitée à un maximum de trois mois. A la fin de cette période, elle peut être chaque fois prolongée de trois mois au maximum. Le nombre de prolongations n'est pas limité.

Les opérations de liquidation qui ont repris après une suspension peuvent à nouveau être suspendues, la suspension pouvant être renouvelée. Le nombre de nouvelles suspensions n'est pas limité.

246. La décision de suspension ne met pas fin à la procédure de liquidation qui reste ouverte. Les effets attachés à l'ouverture de la procédure par la loi de l'Etat d'ouverture, par exemple quant à l'exercice des poursuites individuelles, jouent. Simplement, les opérations de liquidation ne se poursuivent pas.

247. Au cas où la suspension ne paraît plus justifiée, la juridiction y met fin.

Il peut être mis fin, à tout moment, à une suspension.

La juridiction statue :

- à la demande du syndic de la procédure principale,
- ou de sa propre initiative,
- ou à la demande du syndic de la procédure secondaire,
- ou à la demande d'un créancier.

En particulier, si l'intérêt soit des créanciers de la procédure principale, soit de ceux de la procédure secondaire ne paraît plus justifier la suspension, il y est mis fin.

La prise en considération des intérêts des créanciers de la procédure secondaire peut en soi suffire à mettre fin à la suspension.

#### Article 34

##### Mesures mettant fin à la procédure secondaire d'insolvabilité

248. Si la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure secondaire permet la clôture de la procédure d'insolvabilité par un plan de redressement, un concordat, ou une mesure comparable, cette mesure pourra être proposée par toutes les personnes prévues par cette loi. En outre, la convention habilite le syndic de la procédure principale à la proposer lui-même.
249. Dans le cadre d'un plan de redressement, d'un concordat ou d'une mesure comparable, les créanciers peuvent accepter un rééchelonnement des dettes ou renoncer à certains de leurs droits et le débiteur peut s'engager à remplir certaines conditions. Tout cela risque de porter atteinte aux intérêts des créanciers de la procédure principale. C'est pourquoi la convention dispose qu'une telle mesure ne devient définitive qu'avec l'accord du syndic de la procédure principale.

Pour arrêter sa décision, le syndic peut prendre en considération tous les intérêts des créanciers de la procédure principale, y compris les intérêts liés à l'assainissement et à la poursuite des activités principales.

Toutefois, au cas où le syndic de la procédure principale s'oppose au plan de redressement, au concordat ou à une mesure comparable dans la procédure secondaire, la convention permet de se passer de son accord, et la procédure secondaire peut être clôturée si les intérêts financiers des créanciers de la procédure principale ne sont pas affectés par la mesure proposée.

La notion d'intérêts financiers est plus restrictive que celle de l'intérêt des créanciers de la procédure principale qui peut, par exemple, justifier une suspension de la procédure secondaire et qui a été examinée au point 243.

Les intérêts financiers sont appréciés par l'évaluation de l'incidence du plan de redressement ou du concordat sur le dividende à répartir entre les créanciers de la procédure principale. Si ces créanciers ne pouvaient raisonnablement s'attendre à recevoir davantage après le transfert d'un surplus d'actif de la procédure secondaire (ex article 35) en l'absence d'un plan de redressement ou d'un concordat, c'est que la mesure proposée n'affecte pas leurs intérêts financiers.

250. La procédure secondaire a des effets limités aux seuls biens situés sur le territoire de l'Etat dans lequel elle a été ouverte.

En conséquence, un plan de redressement ou un concordat qui limite les droits des créanciers ne pourra viser que les biens concernés par la procédure secondaire et ne pourra pas porter sur les autres biens du débiteur situés en dehors de cet Etat.

Un concordat aux effets limités aux biens de la procédure sera formé dans les conditions de la loi applicable et, le cas échéant, par la décision majoritaire des créanciers. Les droits de tous les créanciers, y compris des créanciers minoritaires qui sont en désaccord avec la mesure, sont touchés quant aux biens qui relèvent de cette procédure.

Un concordat limitant les droits des créanciers peut intervenir dans la procédure secondaire et affecter des biens qui ne relèvent pas de cette procédure, à condition d'être accepté par chaque créancier que la mesure concerne, c'est-à-dire dont les intérêts sont affectés par la mesure.

251. En cas de suspension des opérations de liquidation de la procédure secondaire, seule la mesure concordataire émanant du syndic de la procédure principale, ou celle qui émane du débiteur avec l'accord de ce syndic, peut être soumise au vote ou être homologuée.

La suspension est décidée à la demande du syndic de la procédure principale en raison de l'intérêt des créanciers de cette procédure. Durant cette période, le déroulement de la procédure principale ne doit pas être perturbé par des mesures qui ne trouvent pas l'accord du syndic.

La recherche d'un assainissement de l'entreprise principale peut avoir conduit à une suspension. L'article 34 paragraphe 3 portant interdiction, pendant la période de suspension, d'un concordat non proposé par le syndic de la procédure principale ou par le débiteur avec l'accord du syndic permet de tenir compte de l'intérêt des créanciers qui a pu motiver la suspension (cf. point 243).

## Article 35

### Surplus d'actif de la procédure secondaire

252. Si l'actif de la procédure secondaire permet de payer toutes les créances admises dans cette procédure, l'actif qui n'a pas été réparti doit être transféré à la procédure principale.

Le syndic effectue le transfert du surplus d'actif au syndic de la procédure principale.

Le transfert du surplus d'actif à la procédure principale exprime la primauté de celle-ci.

253. L'actif sera réparti entre tous les créanciers admis à la procédure secondaire. La convention permet aux créanciers de produire des créances dans toute procédure, de sorte que même les créanciers privilégiés de la procédure principale qui, le cas échéant, seront des créanciers chirographaires dans la procédure secondaire seront incités à produire, afin d'être au moins satisfaits au même titre et en même temps que d'autres créanciers chirographaires.

L'importance des biens à répartir attirera les créanciers. Si l'actif est tel qu'un surplus subsiste après la répartition entre tous les créanciers admis dans cette procédure, seules les créances qui n'ont pas été produites ou qui n'ont pas été admises resteront non satisfaites et pourront être concernées par le transfert du surplus d'actif à la procédure principale.



## Article 36

### Ouverture ultérieure de la procédure principale

254. Au cas où une juridiction de l'Etat où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur, compétente en vertu de l'article 3 paragraphe 1, ouvre une procédure d'insolvabilité postérieurement à l'ouverture d'une procédure territoriale indépendante par une juridiction de l'Etat où se situe un établissement, compétente en vertu de l'article 3 paragraphe 2, la procédure ouverte au lieu du centre des intérêts principaux constitue la procédure principale, tandis que la procédure antérieure ouverte au lieu de l'établissement doit nécessairement être considérée comme une procédure secondaire.
255. Dans la mesure où l'état d'avancement de la procédure territoriale indépendante ouverte en premier le permet, les règles de coordination entre la procédure principale et les procédures secondaires déterminées aux articles 31 à 35 sont à observer.

## Article 37

### Conversion de la procédure antérieure

256. Aux termes de l'article 3 paragraphe 3 et de l'article 27, la procédure secondaire ouverte à l'endroit où se situe un établissement après la procédure principale est une procédure de liquidation au sens de l'article 2 point c) et est mentionnée à l'annexe B.

Au cas où, avant l'ouverture d'une procédure principale, une procédure territoriale indépendante d'insolvabilité qui est mentionnée à l'annexe A, sans l'être à l'annexe B, est ouverte, elle peut être convertie en une procédure de liquidation de l'annexe B en cas d'ouverture de la procédure principale.

257. En vertu de la convention, le syndic de la procédure principale a le droit de demander la conversion en une procédure secondaire de liquidation d'une procédure territoriale indépendante d'assainissement mentionnée à l'annexe A.

La convention n'interdit pas à la loi d'un Etat contractant, compétent en vertu de l'article 3 paragraphe 4, d'autoriser le syndic de la procédure principale à demander simplement la clôture d'une procédure territoriale indépendante d'assainissement dans les conditions déterminées par cette loi.

258. La juridiction n'est pas tenue de prononcer la conversion de la procédure demandée par le syndic. Il est nécessaire que la conversion soit dans l'intérêt des créanciers de la procédure principale.

Cette disposition constitue une manifestation de la primauté de la procédure principale. (voir également point 210).

259. Si la conversion n'est pas demandée par le syndic ni ordonnée par la juridiction, la procédure territoriale peut se poursuivre en tant que procédure d'assainissement.
260. Du fait de la conversion, la procédure se déroule comme procédure secondaire de liquidation, conformément à l'article 36.

261. Une procédure territoriale ouverte avant la procédure principale dans un Etat où se situe un établissement qui ne serait pas mentionnée à l'annexe A n'est pas couverte par la convention.

Une procédure principale qui est ouverte postérieurement à la procédure territoriale a tous les effets prévus par la convention ; le syndic de la procédure principale peut exercer ses pouvoirs dans d'autres Etats contractants et demander l'ouverture d'une procédure secondaire. En conséquence, cette procédure territoriale ne peut pas être poursuivie. Le droit national doit adopter la solution appropriée qui sera en conformité avec les dispositions de la convention : il pourrait s'agir, par exemple, de la clôture de la procédure territoriale.

## Article 38

### Mesures conservatoires

262. Afin d'éviter une modification de la situation patrimoniale du débiteur au détriment des créanciers à partir de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité jusqu'à la décision d'ouverture, certaines législations prévoient la nomination d'un syndic provisoire.

L'article 29 habilite le syndic de la procédure principale, sauf s'il s'agit d'un syndic provisoire, à demander l'ouverture d'une procédure secondaire dans un autre Etat contractant où le débiteur possède un établissement.

Visant toutefois une étape préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire, l'article 38 permet au syndic provisoire désigné par une juridiction compétente pour ouvrir une procédure principale de demander les mesures de conservation ou de protection des biens du débiteur situés dans un autre Etat contractant qui sont prévues par la loi de cet Etat, pour la période allant de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'ouverture effective. Puisqu'il s'agit d'une étape préalable à l'ouverture d'une procédure secondaire, l'article 38 présuppose que le débiteur possède un établissement dans cet Etat contractant (cf. article 3 paragraphe 2). Pour la même raison, les mesures conservatoires applicables sont celles qui, selon la loi de cet Etat relative à l'insolvabilité, correspondent à une procédure de liquidation.

Une fois désigné, le syndic de la procédure principale décide s'il demande ou non l'ouverture d'une procédure secondaire.

Si la demande est faite, ce sont les juridictions nationales de l'Etat d'ouverture de la procédure secondaire qui décident du maintien ou de la modification de ces mesures. Jusqu'à ce moment, ou encore si l'ouverture d'une procédure secondaire n'est en fin de compte pas demandée, les mesures conservatoires prises sur les biens du débiteur qui sont situés dans ce pays sont subordonnées aux décisions rendues par la juridiction compétente en vertu de l'article 3 paragraphe 1 qui bénéficie du système de reconnaissance et d'exécution prévu par la convention (dans des conditions similaires à celles exposées au point 78 du présent rapport).

263. La qualité d'un syndic provisoire désigné après la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale mais avant son ouverture effective doit être appréciée par rapport à la mission provisoire de conservation des biens qui lui est confiée. Ce syndic provisoire, qui a une mission plus limitée, ne correspond pas à la définition précise de l'article 2 point b) du syndic de la procédure d'insolvabilité et ne figure pas nécessairement à l'annexe C.

L'article 38 permet au syndic provisoire de demander, dans l'Etat où le débiteur possède un établissement, des mesures conservatoires d'un caractère plus général que celles qui sont envisagées au point 78 quatrième alinéa du présent rapport.

E. CHAPITRE IV : INFORMATION DES CREANCIERS ET PRODUCTION DE LEURS CREANCES

264. Le chapitre IV précise les informations que la juridiction ou le syndic sont tenus de fournir aux créanciers et les règles de production des créances.

Ces dispositions s'appliquent tant aux procédures principales qu'aux procédures d'insolvabilité territoriales (indépendantes ou secondaires).

#### Article 39

#### Droit de produire les créances

265. L'article 39 crée une règle de droit matériel en prévoyant le droit de chaque créancier étranger, c'est-à-dire de tout créancier qui a sa résidence habituelle, son domicile ou son siège dans un autre Etat contractant, de produire par écrit dans la procédure d'insolvabilité. Cette disposition déroge, dans la mesure précisée ci-dessous, à l'application de la loi nationale, conformément à l'article 4 paragraphe 2 point h).

Afin de dissiper toute ambiguïté, il est précisé que le droit de tout créancier étranger de produire des créances comprend le droit des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale d'un autre Etat contractant.

Il y a lieu de relever que l'article 32 permet à tous les créanciers de produire dans la procédure principale ou secondaire de leur choix et même dans plusieurs procédures (cf. point 235).

266. Consacrer le droit de production du créancier étranger signifie que la production de sa créance ne pourra pas être écartée au motif que le créancier réside à l'étranger ou que la créance relève du droit public étranger.

267. Cependant, aux termes de l'article 4 paragraphe 2 point h), le droit national de l'Etat d'ouverture règle le délai de production, les conséquences d'une production tardive, l'admissibilité et le bien-fondé de la production.

268. En outre, la loi nationale de chaque procédure détermine les coûts, à charge d'un créancier, attachés à la production et à la vérification des créances.

Le créancier avisé prendra en compte les règles relatives aux frais, et appréciera l'intérêt qu'une production présente. Il examinera le rang que la loi de la procédure accorde à sa créance et l'importance de l'actif qui sera distribué.

269. Le droit de production des créanciers qui se situent dans l'Etat d'ouverture relève du droit national.

Par ailleurs, la convention ne se préoccupe pas des droits des créanciers qui se situent en dehors des Etats contractants. Le droit national détermine le droit de production des créanciers extra-communautaires.

270. Si la convention donne aux créanciers le droit de produire leurs créances par écrit, elle n'interdit pas à la loi nationale d'autoriser la production sous une autre forme plus favorable aux créanciers.

## Article 40

### Obligation d'informer les créanciers

271. La juridiction compétente ou le syndic doit informer sans tarder les créanciers connus qui ont leur résidence habituelle, leur domicile ou leur siège dans les autres Etats contractants de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et de la nécessité de produire leurs créances.

La convention vise à améliorer la situation des créanciers intracommunautaires qui se situent en dehors de l'Etat d'ouverture.

L'obligation du syndic d'informer les créanciers qui se situent dans l'Etat d'ouverture relève du droit national.

Par ailleurs, la convention ne prend pas en considération les créanciers extracommunautaires, qui restent tributaires du droit national de l'Etat d'ouverture.

272. L'article 40 paragraphe 2 détermine la forme et le contenu de l'information fournie aux créanciers.



Le syndic est tenu d'envoyer une note à chaque créancier. La note fait obligatoirement mention des délais de production à observer, des sanctions prévues en cas d'inobservation des délais, de la personne ou de l'organe habilité à recevoir la production des créances. Elle doit préciser si les créanciers privilégiés ou munis de sûretés réelles sont tenus de produire.

Le contenu obligatoire de la note, tel qu'il est déterminé par la convention, est destiné à protéger les créanciers étrangers ; les lois nationales ne peuvent le réduire. Une loi nationale peut par contre prévoir des mentions supplémentaires dans l'intérêt des créanciers.

#### Article 41

##### Contenu de la production d'une créance

273. Aux termes de l'article 4 paragraphe 2 point h), la production de créances est soumise à la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

L'article 41, ainsi que les articles 39 et 42 paragraphe 2, dérogent à cette règle en déterminant le contenu de la production de créances du créancier qui réside dans un autre Etat contractant.

Les exigences de l'article 41 visent à préciser la créance dont la production est demandée. Le but de cette disposition étant de faciliter l'exercice des droits des créanciers intracommunautaires, la loi nationale ne peut imposer, à des créanciers étrangers protégés par la convention, de conditions supplémentaires quant au contenu de la production de créances.

Aux termes de la convention, un créancier peut produire sa créance par écrit (article 39) en envoyant, le cas échéant, une copie des pièces justificatives éventuelles et en indiquant :

- la nature de la créance,
- sa date de naissance,
- son montant.

Il doit également préciser le privilège, la sûreté ou la réserve de propriété qu'il revendique, ainsi que les biens sur lesquels porte la garantie invoquée.

274. Le droit national règle cependant, aux termes de l'article 4 paragraphe 2 point h), la vérification et l'admission des créances et détermine la procédure par laquelle le créancier doit établir sa créance en vue de son admission au passif de la procédure.

#### Article 42

#### Langues

275. L'information du créancier quant à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité de son débiteur et quant à la production de créances est rédigée dans une langue officielle de l'Etat d'ouverture.

Afin de faciliter la compréhension du créancier qui ne comprend pas la langue de l'Etat d'ouverture, la note d'information porte obligatoirement le titre "Invitation à produire une créance. Délai à respecter". Ce titre est rédigé dans toutes les langues officielles de la Communauté.

Ce titre, élaboré par le Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, est publié avec la convention et le rapport.

276. Le créancier d'un autre Etat contractant est autorisé à produire la créance dans une langue officielle de l'Etat où il a sa résidence habituelle, son domicile ou son siège.

Cependant, sa déclaration écrite devra porter le titre "Production de créance" dans une langue de l'Etat d'ouverture de la procédure.

Afin d'éviter des retards dans la production des créances et des frais de production inutiles, la production peut être faite dans la langue du créancier ou, plus exactement, dans celle de l'Etat où il vit ou exerce son activité.

277. Eu égard à l'ampleur des échanges intracommunautaires et à l'interpénétration des économies, notamment dans les régions frontalières, et à la compréhension mutuelle des langues, l'exigence systématique de la production dans une langue officielle de l'Etat de la procédure peut être contraire aux intérêts des créanciers, sans être réellement nécessaire.

L'utilisation de la langue du créancier est dès lors la règle ; la traduction dans la langue officielle peut être demandée au cours de la procédure si cela s'avère nécessaire.

F. CHAPITRE V : INTERPRETATION PAR LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES

278. L'attribution de la compétence à la Cour de justice des Communautés européennes pour statuer sur l'interprétation n'est pas une nouveauté de la convention relative aux procédures d'insolvabilité. Le système d'attribution s'inspire de celui mis sur pied par l'article 177 du traité CE et adopté par les protocoles du 3 juin 1971 relatifs à l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention de Bruxelles de 1968 et les protocoles du 19 décembre 1988 relatifs à l'interprétation de la convention de Rome de 1980. Ces deux protocoles ont fait l'objet des rapports de M. P. Jenard (cf. JO n° C 189 du 28.7.1990) et de M. A. Tizziano (JO n° C 219 du 3.9.1990). Pour un commentaire plus détaillé, nous renvoyons à ces rapports.

Article 43

Compétence de la Cour de justice

279. En vertu de ce précepte, une nouvelle compétence d'interprétation est attribuée à la Cour de justice des Communautés européennes, venant s'ajouter aux compétences déjà existantes. Outre la présente convention et ses annexes, cette compétence s'applique également aux futures conventions relatives à l'adhésion à la convention des Etats qui deviendront membres de l'Union européenne. L'article 50 oblige les nouveaux Etats à adhérer au système de la convention relative aux procédures d'insolvabilité et de procéder aux modifications et adaptations opportunes. C'est ce qui explique la référence aux futures conventions.

Cette compétence comprend les règles mêmes d'attribution de compétence, de sorte qu'il appartient à la Cour de justice d'interpréter les règles qui fixent la portée de sa compétence ou les voies procédurales pour l'exercer.

280. La compétence d'interprétation signifie que la Cour de justice ne statue que sur l'interprétation du texte de la convention et qu'il appartient à la juridiction nationale d'appliquer les règles ainsi interprétées et de statuer sur la question quant au fond.
281. Contrairement à la convention de Bruxelles de 1968 et à la convention de Rome de 1980, l'attribution de la compétence d'interprétation figure dans le texte de la convention et non pas dans un protocole séparé, ce qui souligne le lien étroit entre cette convention et le système juridique communautaire et l'importance d'une interprétation uniforme de ces règles.
282. Le protocole sur le statut de la Cour de justice et le règlement de procédure de la Cour de justice sont applicables.
283. La convention prévoit deux voies de procédure différentes, par lesquelles la Cour de justice peut résoudre tout problème d'interprétation. La première est une procédure préjudicielle prévue à l'article 44 de la convention et inspirée du modèle de l'article 177 du traité CE. La deuxième procédure pourrait être dénommée "dans l'intérêt de loi" et est reprise à l'article 45 de la convention.

## Article 44

### Procédure préjudicielle

284. Il s'agit d'une procédure par laquelle une juridiction nationale saisie d'une affaire demande à la Cour de justice de statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation d'une disposition de la convention ou de ses annexes, dont l'application à cette affaire a soulevé des questions devant être résolues, avant de statuer sur le fond de l'affaire.
285. La convention détermine les juridictions nationales pouvant saisir la Cour de justice. Seules les juridictions expressément désignées sont dûment habilitées, c'est-à-dire les juridictions supérieures (tels que le Tribunal Supremo en Espagne, la Cour de cassation en France, etc.) qui figurent sur la liste de l'article 44 point a) et les juridictions statuant en appel. Dans ce cas précis, il n'est pas nécessaire que la juridiction soit officiellement une "juridiction d'appel". Elle doit néanmoins statuer sur des recours contre des décisions de juridictions inférieures. La faculté de saisir la Cour à titre préjudiciel d'une demande d'interprétation n'est pas octroyée aux juridictions de première instance.
286. Il doit s'agir d'une question soulevée dans une affaire pendante devant la juridiction qui présente la demande d'interprétation. La Cour de justice résout donc les questions d'interprétation par rapport à un procès pendant devant une juridiction nationale.

287. Il doit s'agir d'une question dont la juridiction nationale considère l'interprétation comme "nécessaire" pour pouvoir statuer, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'un problème d'interprétation conditionnant l'issue du procès. Si les différentes interprétations possibles conduisaient au même résultat, cette condition ne serait pas remplie. La juridiction nationale doit vérifier cas par cas si ce besoin existe ou non.
288. La juridiction nationale peut décider d'office de soumettre la question d'interprétation à la Cour de justice. Il n'est pas nécessaire qu'une partie le demande. Si cette demande est formulée, la juridiction nationale n'est pas tenue de saisir la Cour de justice.
289. La présente convention n'oblige pas les juridictions nationales à soumettre des questions d'interprétation à la Cour de justice ; elle leur permet simplement de les présenter une fois que toutes les conditions précitées sont remplies.

La nécessité d'agir vite pour mener les procédures d'insolvabilité explique le choix d'une formule souple permettant aux juridictions nationales de décider de l'opportunité du recours préjudiciel. La convention n'impose aucun critère.

La juridiction nationale peut tenir compte du temps qu'elle estime nécessaire pour que la Cour de justice rende sa décision, de l'importance générale de la question pour la procédure, de la demande des parties directement affectées (qui, comme nous le savons, ne lie pas la juridiction nationale), etc .

290. La convention ne mentionne pas l'éventuel effet suspensif du recours préjudiciel sur la procédure d'insolvabilité pendant que la Cour de justice règle le problème d'interprétation.

Le délai moyen pour statuer sur une question préjudicielle est un problème sérieux dans le domaine des procédures d'insolvabilité.

291. Afin de résoudre la question de l'effet suspensif, plusieurs données doivent être prises en compte :

- 1) la compétence de la Cour de justice découle directement des pouvoirs octroyés par la convention relative aux procédures d'insolvabilité et des limites établies par celle-ci ;
- 2) cette attribution de compétence vise à mieux atteindre les objectifs spécifiques de la convention relative aux procédures d'insolvabilité. Les avantages découlant d'une uniformité dans l'interprétation doivent être mis en balance avec la nécessité de veiller à l'efficacité de la procédure d'insolvabilité ;



3) dans les procédures d'insolvabilité, le facteur temps est décisif. Le point de départ de ces procédures est une crise financière. La rapidité des actions est fondamentale pour éviter une dépréciation des actifs existants. La suspension de la procédure d'insolvabilité peut même mettre fin à la possibilité de procéder à un assainissement. Pour cette raison, beaucoup de droits nationaux excluent dans le cas de procédures d'insolvabilité l'effet suspensif du recours à des juridictions supérieures. De plus, il découle du caractère collectif de la procédure d'insolvabilité qu'un problème partiel ne doit pas nécessairement changer le cours général de celle-ci.

292. Dans ce contexte, la convention laisse donc à la loi nationale de l'Etat d'ouverture le soin de décider si une demande introduite à titre préjudiciel devant la Cour de justice doit avoir un effet suspensif. Etant donné qu'il n'y a pas d'obligation formelle de soumettre la question d'interprétation à la Cour de justice, la solution la plus adéquate consiste, semble-t-il, à attribuer à la juridiction nationale le pouvoir de décider s'il est nécessaire ou non de suspendre la procédure d'insolvabilité.

#### Article 45

##### Procédure à l'initiative de l'autorité compétente

293. Cette procédure peut être qualifiée de procédure intentée "dans l'intérêt de la loi", parce que l'issue d'une procédure en cours ne dépend pas d'elle, mais qu'elle essaie plutôt de garantir pour le futur l'uniformité de l'interprétation quand des décisions sur l'interprétation des règles de la convention rendues par les juridictions nationales de différents Etats contractants se contredisent.

294. Le recours devant la Cour de justice appartient aux procureurs généraux auprès de la Cour de cassation des Etats contractants ou à toute autre autorité désignée par un Etat contractant.
295. Afin que cette autorité nationale puisse saisir la Cour de justice des Communautés européennes, il faut qu'une juridiction nationale de ce même Etat ait rendu une décision qui a force de chose jugée (res judicata) et qui est en contradiction avec l'interprétation donnée par la Cour de justice ou par les juridictions d'autres Etats contractants mentionnées à l'article 44 (les juridictions supérieures ou statuant en appel).
296. L'interprétation donnée par la Cour de justice des Communautés européennes est sans effet sur les décisions qui sont à l'origine de l'interprétation demandée. Elle a simplement pour but d'éclaircir l'interprétation pour l'avenir, sans créer de précédent définitif et contraignant.
297. L'article 45 prévoit une procédure établie par les protocoles de 1971 de la convention de Bruxelles de 1968 et par les protocoles de 1988 de la convention de Rome de 1980. Pour un commentaire plus détaillé, nous renvoyons aux rapports correspondants (cf. point 278).

#### Article 46

#### Réserves

298. La possibilité de formuler une réserve ne dépend pas de la volonté de l'Etat, mais de l'existence d'un obstacle lié à des raisons constitutionnelles d'attribution de compétence.

299. La raison d'être de cette réserve est de permettre à un Etat membre de réduire le risque d'être confronté à des difficultés d'ordre constitutionnel lors de la ratification de la convention, difficultés qui, selon lui, pourraient découler de l'attribution de compétence à la Cour de justice des Communautés européennes. Ces difficultés surgiraient dans le cas où il serait considéré que la convention dépasse les limites des objectifs définis par l'article 220 du traité CE.

Par ailleurs, d'autres Etats contractants ont estimé que l'attribution d'une compétence d'interprétation à la Cour de justice est indispensable pour le bon fonctionnement du système de la convention relative aux procédures d'insolvabilité. Une interprétation uniforme donnée par cette Cour est nécessaire pour garantir que les droits et les devoirs dérivés de la convention sont les mêmes pour tous, indépendamment de l'Etat contractant où se situe la partie ou la personne concernée. Dès lors, pour réduire au maximum un tel risque, il a été convenu de limiter strictement le champ d'application de la convention aux effets intracommunautaires des procédures d'insolvabilité couvertes par la convention. Ainsi, l'ajustement parfait de la convention au champ d'application de l'article 220 du traité CE compenserait l'étendue de son contenu aux règles de conflit de lois, sans lesquelles le système de reconnaissance des procédures d'insolvabilité ne pourrait fonctionner sans altérer la sécurité juridique au sein de la Communauté (cf. point 42).

G. CHAPITRE VI : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES APPLICATION TERRITORIALE

300. La convention ne contient aucune clause d'application territoriale. Sont donc applicables les règles générales de droit international public, c'est-à-dire l'article 29 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.
301. Cela signifie qu'en principe la convention relative aux procédures d'insolvabilité est applicable sur tout le territoire des Etats contractants, y compris les territoires non européens faisant partie intégrante du territoire de ces Etats. Cependant, l'autonomie de ces territoires peut être très variée. Par conséquent, les Etats contractants peuvent exclure ou réserver l'application de la convention à certains de ces territoires par une déclaration à cet effet. Tel est le cas, par exemple, des Pays-Bas par rapport aux Antilles néerlandaises et à Aruba.
302. Pour la même raison, la convention ne s'étend pas aux territoires dont les relations internationales sont assumées par un des Etats contractants, mais qui ne font pas partie intégrante de son territoire, constituant une entité séparée. En principe, la convention n'est pas applicable, qu'il s'agisse de territoires européens ou non. Dans l'hypothèse où un Etat contractant assumant cette responsabilité voudrait étendre l'application de la convention à ces territoires, cette extension ne prendrait effet que si aucun autre Etat contractant ne s'y oppose.

## Article 47

### Application dans le temps

303. L'article 47 énonce deux règles relatives à l'application de la convention dans le temps.

Les dispositions de la convention sont applicables aux seules procédures d'insolvabilité ouvertes après l'entrée en vigueur de la convention. Les actes accomplis par le débiteur avant l'entrée en vigueur de la convention restent soumis à la loi qui leur était applicable au moment où ils ont été accomplis.

Ces deux règles sont motivées par le souci de ne pas modifier des situations et des rapports existants qui sont soumis à des règles juridiques déterminées au moment de l'introduction des nouvelles règles de la convention dans les ordres juridiques des Etats contractants.

304. Les dispositions de la convention s'appliquent aux procédures d'insolvabilité ouvertes après son entrée en vigueur ; elles ne s'appliquent pas à celles ouvertes antérieurement.

La convention permet l'ouverture d'une pluralité de procédures qui peuvent être ouvertes les unes avant et les autres après l'entrée en vigueur.

Dans le cas d'une procédure ouverte sur la base du centre des intérêts principaux du débiteur après l'entrée en vigueur de la convention, on aurait pu considérer qu'en raison de la primauté de la procédure principale dans le mécanisme de la convention,

celle-ci jouerait même si une procédure était ouverte antérieurement en dehors du centre des intérêts principaux. Une telle solution n'est pas retenue, parce qu'elle serait susceptible de perturber le déroulement d'une procédure ouverte conformément à la loi applicable au moment de son ouverture. Une procédure d'assainissement ouverte dans un Etat où n'est pas situé le centre des intérêts du débiteur devrait être convertie. Les règles de conflit de lois applicables seraient modifiées, le cas échéant, au cours du déroulement de la procédure, par l'application de celles de la convention. Une procédure à caractère universel ouverte suivant des critères de compétence internationale prévus dans la législation nationale applicable serait, le cas échéant, cantonnée dans le statut de procédure à effets territoriaux, si, aux termes de la convention, le centre des intérêts principaux ne se situait pas dans l'Etat d'ouverture de la procédure antérieure.

Si une procédure antérieure a été ouverte dans l'Etat considéré par la convention comme étant celui où le centre des intérêts principaux du débiteur est situé, cette procédure ne sera pas soumise à la convention. Avant l'entrée en vigueur de la convention, cette procédure a pu commencer à produire ses effets en dehors de l'Etat d'ouverture, conformément aux règles applicables dans les différentes législations nationales. En cas d'ouverture antérieure d'une procédure dans l'Etat du centre des intérêts principaux, la procédure ouverte postérieurement à l'entrée en vigueur dans l'Etat où le débiteur a un établissement n'est pas soumise à la convention.

La règle de l'article 47 a un caractère absolu : si une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre d'un débiteur déterminé avant l'entrée en vigueur de la convention dans un Etat contractant, les procédures ouvertes après l'entrée en vigueur ne sont pas soumises aux dispositions de la convention, indépendamment du fait qu'une telle procédure postérieure a le caractère de procédure principale ou secondaire au sens de la convention.

305. Pour déterminer si une procédure est ouverte antérieurement ou postérieurement à l'entrée en vigueur de la convention, il y a lieu de se référer à la notion conventionnelle du moment d'ouverture de la procédure (cf. point 68). La procédure d'insolvabilité ouverte antérieurement est soustraite aux dispositions de la convention, si la décision d'ouverture produisait déjà des effets avant l'entrée en vigueur de la convention.
306. La loi applicable aux actes accomplis par le débiteur avant l'entrée en vigueur de la convention continue de régir ces actes.

La règle est motivée par le souci de ne pas soumettre des actes accomplis par le débiteur à de nouvelles règles et elle vise à maintenir les rapports auxquels le débiteur est partie sous l'emprise de la loi ayant régi l'acte.

Au regard de la finalité de la règle, la détermination des actes accomplis par le débiteur et du moment de leur accomplissement se fait suivant la loi applicable.

## Article 48

### Relations avec les autres conventions

307. L'article 48 établit les relations entre la nouvelle convention relative aux procédures d'insolvabilité et les autres instruments internationaux qui régissent les questions de droit international privé en matière de procédures d'insolvabilité, c'est-à-dire la compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité, la loi applicable à la procédure et ses effets, ainsi que la reconnaissance et l'exécution de ces procédures dans d'autres Etats. L'article 48 a pour objet :

1. les relations entre la convention et les traités déjà conclus entre certains Etats contractants, mentionnés à l'article 48 paragraphe 1 ;
2. les relations entre la convention et les traités déjà conclus avec des Etats tiers, mentionnés à l'article 48 paragraphe 3.

308. L'article 48 paragraphe 1 contient une liste des conventions qui seront remplacées par la convention relative aux procédures d'insolvabilité, après son entrée en vigueur, entre les Etats qui y sont parties. Ce remplacement aura lieu sous réserve :

1. des dispositions mêmes de l'article 48 paragraphe 1 qui prévoient que ces conventions continueront à produire leurs effets pour les matières auxquelles la présente convention n'est pas applicable ;



2. des dispositions de l'article 48 paragraphe 2 en ce qui concerne les procédures d'insolvabilité ouvertes avant l'entrée en vigueur de la présente convention. Celles-ci resteront soumises aux conventions applicables figurant dans la liste de l'article 48 paragraphe 1 (cf. aussi article 47).

309. La liste des conventions antérieures remplacées entre les Etats contractants par la présente convention comprend la convention d'Istanbul de 1990, et la convention entre le Danemark, la Finlande, la Norvège, la Suède et l'Islande, relative à la faillite, signée à Copenhague le 11 novembre 1933.

310. L'article 48 paragraphe 3 a trait au problème de la compatibilité de la convention relative aux procédures d'insolvabilité avec les traités déjà conclus entre un Etat contractant et un Etat tiers.

Pour autant que son application est incompatible avec des obligations découlant de conventions ou d'autres accords internationaux déjà conclus avec un Etat tiers, la convention relative aux procédures d'insolvabilité n'est pas applicable. Pour déterminer si son application est compatible ou non avec les obligations découlant d'une autre convention en vigueur, il faut examiner si ces instruments produisent des effets juridiques qui s'excluent mutuellement.

La convention relative aux procédures d'insolvabilité n'est applicable que si le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un Etat contractant. En outre, ses dispositions sont limitées aux relations avec d'autres Etats contractants (cf. point 44). C'est pourquoi elle entrera rarement en conflit avec d'autres conventions.

#### Article 49

##### Ratification et entrée en vigueur

311. La convention est déposée auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne.
312. Le processus décisionnel permettant à un Etat de s'engager par la convention est régi par la loi nationale de chaque Etat. La convention est soumise à ratification, acceptation ou approbation par les Etats signataires.
313. La convention entre en vigueur le premier jour du sixième mois qui suit le dernier dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

#### Article 50

##### Adhésion à la convention

314. Les futurs Etats membres de l'Union européenne sont tenus d'accepter la convention comme base en vue des négociations qui sont nécessaires pour assurer la mise en oeuvre de l'article 220 du traité CE.

Une convention spéciale ayant pour objet les adaptations nécessaires pourra être conclue entre les Etats contractants et le futur Etat membre.

#### Article 51

##### Notification par le dépositaire

315. Le Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne notifie aux Etats signataires le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation de la convention, sa date d'entrée en vigueur, et tout autre acte, notification ou communication qui concerne la convention.

#### Article 52

##### Durée de la convention

316. La convention reste en vigueur pendant une durée illimitée.

Elle ne prévoit aucune disposition particulière relative au retrait d'un Etat de la convention. Le retrait éventuel est soumis au droit commun des traités internationaux.

#### Article 53

##### Révision ou évaluation de la convention

317. La convention fait l'objet d'une conférence de révision ou d'évaluation si un Etat contractant le demande.

Dans ce cas, le président du Conseil de l'Union européenne doit convoquer la conférence.

318. A défaut d'une conférence d'évaluation tenue à la demande d'un Etat contractant dans les dix ans qui suivent l'entrée en vigueur, le président du Conseil de l'Union européenne convoque une conférence d'évaluation.

#### Article 54

#### Modification des annexes

319. Chaque Etat contractant peut modifier les annexes A, B et C qui mentionnent les procédures d'insolvabilité faisant l'objet d'une procédure principale (liste A : procédures d'assainissement et procédures de liquidation) ou d'une procédure secondaire (liste B : procédures de liquidation), ainsi que les personnes ou organes qui remplissent les fonctions de syndic (liste C).

Le droit des Etats d'apporter une modification aux listes connaît deux limites.

Les nouvelles procédures incluses dans les listes A ou B doivent correspondre aux définitions de ces procédures données à l'article 1er paragraphe 1 et à l'article 2 point a) (liste A, cf. points 48 et 62) et à l'article 2 point c) (liste B, cf. point 64).

320. Chaque Etat contractant peut modifier les annexes à tout moment.

L'Etat adresse au Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne, dépositaire de la convention aux termes de l'article 49 paragraphe 1, une déclaration qui contient la modification qu'il désire apporter à une annexe.

321. Le dépositaire de la convention porte le contenu de la déclaration à la connaissance des Etats signataires et des Etats contractants.

322. La modification qu'un Etat souhaite apporter à une annexe doit faire l'objet d'une acceptation par les Etats contractants ou signataires. Il n'est pas nécessaire que les Etats communiquent leur acceptation d'une manière expresse : si aucun Etat n'a objecté à la modification envisagée dans un délai de trois mois à compter de la notification de la déclaration modificative, la modification de l'annexe est considérée comme acceptée.

Même si la convention ne le précise pas expressément, l'objection d'un Etat doit être notifiée au dépositaire de la convention qui a reçu la déclaration modificative. Le dépositaire notifie l'objection communiquée aux Etats contractants (cf. article 51 point c)). Au cas où une objection est émise par un Etat, la modification ne prend pas effet. La solution à une telle divergence entre deux Etats peut être recherchée par la tenue d'une conférence de révision.

323. La déclaration ayant pour objet la modification d'une annexe qui n'a pas fait l'objet d'une objection entre en vigueur le premier jour du mois qui suit la période de trois mois consécutive à la notification par le depositaire de la déclaration modificative aux Etats contractants et signataires.

#### Article 55

#### Dépôt de la convention

324. La convention est rédigée en douze langues ; ces textes font également foi.

La convention est déposée auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne.